GAETANO PECORA

BIBLIOTECA U
53039744

LA DEMOCRAZIA DI HANS KELSEN

Una analisi critica

BIBLIOTECA
DE DERECHO

Edizioni Scientifiche Italiane

PECORA, Gaetano
La democrazia di Hans Kelsen
Un'analisi critica
Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1992
pp. 170; 21 cm
ISBN 88-7104-482-7

© 1992 by Edizioni Scientifiche Italiane s.p.a.
80121 Napoli, via Chiatamone 7
00185 Roma, via dei Taurini 27
82100 Benevento, via Porta Rettori 19
20129 Milano, via Fratelli Bronzetti 11

I diritti di traduzione, riproduzione e adattamento totale o parziale e con qualsiasi mezzo (compresi i microfilms e le copie fotostatiche) sono riservati per tutti i Paesi

Il confronto con i grandi è il solo rimedio contro la mediocrità

RAYMOND ARON

INTRODUZIONE

L'introduzione – che di solito viene scritta in ultimo – è il solo momento per concedersi a toni più intimi e confidenziali. Ne approfitto, dunque, per una confessione. Prendendo spunto dai due paragrafi conclusivi, avrei voluto titolare così questo libro: *Il liberalismo insufficiente di Hans Kelsen*. Ma il timore che qualcuno potesse confonderlo con un *pamphlet*, leggero, brioso, scanzonato magari e con qualche punta di sottilissimo veleno, ecco questo timore mi ha fatto desistere dal proposito iniziale. Non che abbia appesantito il tutto con una prosa grave e solenne – il rigore scientifico non ha nulla da guadagnare dal plumbeo sussiego dei lumaconi zelanti –, e anzi fin dove ho potuto (e saputo) ho conferito a queste pagine il piglio di una conversazione immediata, diretta, con l'intento di farmi capire subito da chi avrà la compiacenza di leggermi, senza che le mie argomentazioni debbano procurargli i crampi allo stomaco. Ma, appunto, di argomentazioni si tratta; di tesi ragionate, riflettute – così almeno credo – e che non ho mai caricato fino alla provocazione.

Ciò premesso, conviene si sappia però che lo scopo del saggio è proprio quello che dicevo prima: evidenziare le insufficienze del liberalismo kelseniano. Tanto più che ad impreziosire l'odierno dibattito sulle riforme istituzionali, qui e là si è evocato il nome di Kelsen, accreditandolo come un fiero paladino della democrazia liberale. Il che, beninteso, è legittimo. Ma solo fino a quando consideriamo le enunciazioni di valore e le professioni di fede. Fede e valori che egli ha inverato con la dirittura dei comportamenti e un impegno teorico di incontaminata fedeltà ai principi della moderna democrazia. La sua personalità, dunque, è fuori discussione. Le credenziali che può esibire sono

tali da soddisfare anche i critici più severi ed esigenti. Il problema, però, è un altro. Al di là dei pronunciamenti ideali, occorre sperimentare la congruenza tra l'organizzazione liberal-democratica e i dispositivi che secondo Kelsen dovrebbero vivificarla. Ed è proprio qui che la sua costruzione appare mutila ed incompleta. Insufficiente, appunto. Perché insufficienti – dal punto di vista liberale, si capisce – sono gli aspetti politici, economici e giuridici che la caratterizzano. Politicamente, egli ritiene che il liberalismo sia una, ma soltanto una, delle tante correnti ideali che danno sostanza alle forme democratiche. Le *forme* democratiche: ecco il punto decisivo. Estendendo indebitamente la portata delle sue acquisizioni giuridiche (che non a caso si inscrivono nella teoria *formale* del diritto), Kelsen ritiene che anche la democrazia sia una «pura» forma, e che un po' come Atlante anch'essa riposi solo su se stessa senza dipendere da nulla e da nessuno. In questo modo, il regime democratico si compendia in una serie di regole e procedure formali, di regole e procedure cioè che stabiliscono *come* le decisioni collettive devono essere approvate e non già *quale* debba essere il loro dettato sostanziale. Le forme della democrazia possono ospitare così i contenuti della più diversa natura. E quindi, ad esempio, per stabilire se un sistema è democratico non giova conoscere il tenore delle sue norme; è affatto irrilevante individuare l'ideologia che le alimenta (se il liberalismo, il cattolicesimo, il socialismo o altro ancora), così come è irrilevante sapere se esse si ispirino al liberismo o al dirigismo economico. Decisivo è che tali norme vengano adottate nel rispetto degli universali procedurali, la cui neutralità assiologica le rende compatibili con gli obiettivi più diversi. Anche con quelli illiberali, dunque. Sicché, come sul versante politico la moderna democrazia può prescindere dai diritti liberali di libertà, così su quello economico essa è conciliabile anche con la pianificazione e il collettivismo comunista.

A suggello di questa visione «neutrale» della democrazia, sta l'idea kelseniana della costituzione (cui è dedicata la seconda parte del libro); una costituzione che Kelsen giudica modificabile

in ogni sua parte, rivedibile in ogni sua norma, comprese quindi quelle sui diritti individuali, che perciò vivono alla mercé di un legislatore onnipotente. Di un legislatore che è onnipotente perché nessuno può imbrigliarne l'attività, a condizione beninteso che questa si avvalga delle forme acconce ed esplichi i procedimenti appropriati. Ancora una volta: forme e procedimenti. Di qui la concezione formale o, appunto, «proceduralistica» della democrazia. E invece no, le cose non stanno così. Perché a dispetto delle formule (apparentemente) asettiche nelle quali si traducono, le procedure democratiche non sono disponibili per qualsivoglia finalità. Chi le adotta può coltivare certi valori, non altri; perseguire alcuni, non altri obiettivi; insomma promuovere questa civiltà, la nostra, e non altre. Che nei suoi tratti di fondo è una civiltà liberale. E liberale perciò è la linfa che percorre le regole del gioco democratico. Il dissenso che esse legittimano e dal quale – come si vedrà – principiano tutte le libertà che caratterizzano le Costituzioni democratiche, il dissenso, dicevo, muove dal presupposto morale che l'individuo ha una sua incoercibile dignità (individualismo etico), e origina altresì dal riconoscimento che la competizione e non la concordia è il motore del progresso, che il dinamismo dei singoli in lotta e non la loro statica armonia è la molla del perfezionamento. L'individuo, con le sue libertà e con i conflitti che queste producono, è dunque il valore che si trova scolpito negli universali procedurali; e precisamente il conflitto e le libertà individuali vengono celebrate dalla tradizione liberale. Sicché non si possono accettare le procedure democratiche e nello stesso tempo ripudiare i diritti di libertà e la concezione morale che ad essi sottende. Ma poiché siffatti diritti hanno per condizione necessaria – ancorché non sufficiente – l'economia di mercato e il mercato è uno dei fondamenti della sapienza liberale, ne viene che anche sotto l'aspetto economico la democrazia è assai meno formale, neutra o asettica di come Kelsen la descrive. Anche economicamente, come già politicamente (diritti di libertà) e moralmente (individualismo etico), essa attinge a fonti liberali. Prosciugando le quali, Kelsen riduce la democrazia a ciò che di fatto non è.

No, la democrazia non è un meccanismo senz'anima, un espediente tecnico e nulla più. C'è qualcos'altro che l'«insufficiente» liberalismo kelseniano impedisce di cogliere.

L'accenno alle «insufficienze» e quindi al titolo che – come ho confessato – avrei voluto dare al libro, mi consente di concludere con un'altra piccola confidenza: quale epigrafe di questo lavoro ho scelto un pensiero di Raymond Aron sul confronto – che è sempre un confronto-scontro – con i grandi. Ecco: ignoro l'esito del mio «scontro» con Kelsen. Ma se dovessi venir battuto, mi piacerebbe uscirne sconfitto ai punti e non per k.o. alla prima ripresa. Solo così mi rimarrebbe l'orgoglio della contesa con un Grande. Al lettore, dunque, il verdetto. E ora è tempo di andare. Il gong è suonato...

GAETANO PECORA

Parte prima

LA DEMOCRAZIA NATURA E FONDAMENTI

Gli scritti sulla democrazia di Hans Kelsen muovono tutti da un'importante distinzione: quella tra valori e fatti, tra dover-essere ed essere; originano cioè dalla consapevolezza che c'è uno scarto, quasi diremmo una tensione tra le idealità e la realtà democratica. Una cosa, quindi, è la democrazia ideale, la democrazia come *dovrebbe* operare secondo i principi della sua ideologia, e altra cosa è la democrazia reale ossia la democrazia quale *di fatto* vive nelle concrete vicende di ogni giorno. Tenuto conto di ciò, queste considerazioni si propongono: 1) di esaminare il meccanismo in forza del quale da ideale la democrazia si converte in reale; 2) di richiamare l'attenzione su quelle che per il giurista viennese sono le note distintive della realtà democratica.

Si avrà modo così di smentire l'immagine che, suffragata da più parti, ha accreditato Kelsen come un teorico geniale, sì, ma sovente dimentico dell'effettivo funzionamento della realtà sociale in generale e di quella democratica in particolare. Di quest'ultima, egli pone in evidenza i tratti qualificanti non diversamente da come avevano già fatto i primi teorici dell'elitismo democratico e da come altri poi avrebbero continuato a fare in maniera sempre più scrupolosa e particolareggiata. È vero: ad eccezione della *Sociologia del partito politico* di Roberto Michels e di *Capitalismo, socialismo, democrazia* di Joseph A. Schumpeter, Kelsen non cita mai altri testi del pensiero elitistico[1]. Non-

[1] Kelsen, per la verità, menziona anche Vilfredo Pareto. Ma non quale teorico delle èlites, sebbene come fautore del parlamentarismo liberale (cfr. pp. 178-179 de *Il problema del parlamentarismo*, ora in *La democrazia*, Il Mulino, Sesta edizione, Bologna 1987).

dimeno, tra la concezione degli elitisti – che si vuole disincantata, completa e realistica – tra questa concezione e il suo pensiero vi è un legame assai intimo e profondo. E poiché non risulta che su di un tale legame si sia indagato a sufficienza, è parso opportuno dedicarvi la parte centrale delle riflessioni che seguono. Salvo poi collaudare la solidità dell'edificio teorico kelseniano. E non è escluso che in qualche punto capiti di scoprirlo inagibile e qui e là solcato da fenditure più o meno profonde. Un po' come avviene per tutta la costruzione elitistica, del resto. Ma di questo più avanti.

Per intanto fermiamo l'attenzione sulla democrazia ideale. Che, certo, è un regime di libertà. Ma di una libertà che senza gli opportuni accomodamenti e le necessarie trasformazioni non si volge mai in categoria sociale, né mai può assurgere a principio informatore della vita politica. Perché – come spiega Kelsen – la democrazia ideale, o il che fa lo stesso, l'idea di libertà esige «che la volontà dello Stato, (*a*) in tutte le sue diverse manifestazioni, sia formata (*b*) immediatamente»[2] «(*c*) dalla decisione unanime di coloro che vi sono soggetti»[3]. Abbiamo inserito tre lettere di richiamo nel testo di Kelsen perché sono appunto tre le caratteristiche che concorrono a definire la democrazia ideale: (*a*) tanto la creazione quanto l'esecuzione delle norme giuridiche deve essere organizzata democraticamente; donde la necessità che non solo la legislazione ma anche l'amministrazione e la giurisdizione siano affidate all'assemblea dei cittadini. Questa deve provvedervi (*b*) direttamente, senza intermediazioni di sorta cioè, e (*c*) con il sostegno di risoluzioni unanimi. Orbene, se è alla stregua di siffatti requisiti che va giudicata la libertà politica, che è poi la libertà della democrazia, è giocoforza concludere che ordinamenti liberi e perciò stessi democratici «non si sono mai visti né conosciuti essere in vero» (Machiavelli). «In vero»,

[2] H. KELSEN, *Essenza e valore della democrazia*, in *La democrazia*, cit., p. 69.

[3] H. KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, Etas libri, Seconda ristampa della quinta edizione italiana, Milano 1978, p. 290.

nella realtà dei fatti cioè, né l'esecuzione né – per certi aspetti – la creazione delle leggi rispondono alle prescrizioni della democrazia ideale. E men che meno tali prescrizioni trovano il conforto dei criteri che di fatto presiedono alle deliberazioni collettive; criteri certo differenti fra loro, eppure tutti egualmente diversi dal principio dell'unanimità. Di qui le modifiche e gli aggiustamenti cui si accennava innanzi, la «metamorfosi» – come Kelsen la chiama – cui deve soggiacere il concetto di libertà perché dall'idea si passi alla realizzazione della democrazia. «Se l'idea di libertà – egli scrive – può diventare un principio di organizzazione sociale (...) e persino un principio di organizzazione statale, ciò è solo possibile attraverso *un* cambiamento di significato»[4]. Per la verità, non di un solo cambiamento si tratta. La trasformazione che subisce la libertà,infatti, è duplice: prima essa cambia di segno, da negativa in positiva, e poi si converte da regola dell'unanimità in principio maggioritario. Esaminiamole separatamente, perciò.

Dalla libertà negativa alla libertà positiva

Libertà negativa e libertà positiva, si diceva. Come si è visto, l'ordinamento democratico ideale è vivificato dal principio di libertà. Ma quale libertà? Evidentemente non quella che resiste all'ordine imposto dalla società, quasi che l'obbedirvi le riesca un giogo duro, insopportabile e oltremodo penoso. Tale libertà è percorsa da fremiti anarchici (l'anarchia viene intesa qui nell'accezione comune del termine, quale assenza di leggi e di governo), e se anche essa potesse esaltare la creatività degli uomini – come talvolta si sostiene – mai e poi mai varrebbe a cementare il legame sociale. La società è fatta di divieti e di comandi. E i comandi, curvando gli animi, postulano la sottomissione. Una sottomissione tanto più problematica quanto più le lusinghe

[4] H. KELSEN, *Essenza e valore della democrazia*, cit., p. 40.

egualitarie catturano l'immaginazione dei singoli. Se questi si stimano eguali gli uni agli altri, infatti, è ben difficile che abdichino alla loro indipendenza e la consegnino al garante dell'ordine. Il prossimo – pensa ciascuno di loro – non è né peggiore né migliore di me: non ha senso perciò sacrificargli la mia libertà. È un uomo come me, siamo eguali; perché deve comandarmi? Ognuno dunque si tenga la sua libertà e sia indipendente dall'altrui potere. «Così – spiega Kelsen – l'idea negativa di eguaglianza sostiene l'idea altrettanto negativa di libertà»[5]. Va da sé che l'una e l'altra, dissolvendo il vincolo societario, precipitano la collettività negli abissi dello stato di natura; lì dove – per dirla con Spinoza – «il pesce grande mangia il pesce piccolo» e gli individui «sono tra loro naturalmente nemici». Con quali conseguenze per l'eguaglianza e la libertà è fin troppo facile immaginare. Altro che apoteosi della creatività!

Se veramente vogliono rimanere liberi ed eguali, gli uomini debbono acconciarsi a vivere in società statualmente organizzate. E quindi bisogna che si sottopongano al dominio politico. Non ad un dominio purchessia, beninteso; ma a quello che essi stessi hanno creato. Insomma, se è necessario ubbidire, che obbediscano pure; purché a comandi che recepiscano la loro volontà e i loro desideri. Scrive Kelsen: «essere liberi socialmente o politicamente significa, è vero, essere soggetti ad un ordinamento normativo, significa libertà sottoposta alla legge; ma significa essere soggetti non ad un volere estraneo, bensì al proprio, ad una legge alla cui istituzione il soggetto partecipa»[6]. La libertà dell'anarchia trasmuta così nella libertà della democrazia. Che è, ripetiamolo, la libertà per tutti di darsi le leggi che meglio rispondono alle loro aspirazioni. La libertà per tutti, si badi. Ed è per tale via che il principio di eguaglianza viene conquistato alla causa della democrazia. È chiaro infatti che solo se ciascuno

[5] H. KELSEN, *I fondamenti della democrazia*, in *La democrazia*, cit., pp. 218-219.

[6] *Ibid.*, pp. 219-220.

è eguale agli altri, tutti hanno eguale diritto alla libertà. «Solo se è irrilevante che l'uno o l'altro sia libero (perché l'uno è politicamente eguale all'altro) si giustifica il postulato» che tutti gli individui devono essere liberi. «Questa sintesi della libertà e dell'eguaglianza – prosegue Kelsen – è alla base dell'idea democratica»[7]. E allora, per tornare al nostro problema: la democrazia ideale è, sì, sostenuta dal principio di libertà; ma non dalla libertà «negativa», che implica l'assenza di vincoli e obblighi giuridici; dalla libertà «positiva», invece, intesa come partecipazione al governo e alle leggi. La libertà democratica è la libertà dell'autodeterminazione. In tal guisa, i soggetti della democrazia sfuggono al «tormento dell'eteronomia» non già perché eludono i comandi del diritto ma perché sottostanno a comandi che essi stessi hanno stabilito. «Di conseguenza – scrive Kelsen – si deve considerare la partecipazione al governo, vale a dire alla creazione e all'applicazione delle norme generali e individuali (...) come la caratteristica essenziale della democrazia. Tale partecipazione (...) è in ogni caso questione di *procedura*, di metodo specifico per creare e realizzare l'ordinamento (...) questo è il criterio distintivo di quel sistema politico propriamente chiamato democrazia»[8].

La concezione «proceduralistica» della democrazia

Il punto è importante e conviene soffermarvisi.

La democrazia, dunque, è una procedura, un metodo; in quanto tale – in quanto metodo – essa prescrive *come* le leggi debbano essere create ed applicate e non già *quale* debba essere il loro contenuto. Una cosa è il contenuto, e altra cosa è la procedura; quello rinvia alla *sostanza* degli imperativi giuridici, questa rimanda alle *forme*, alle procedure formali; onorando le

[7] *Ibid.*, p. 233.
[8] *Ibid.*, p. 187.

quali tali imperativi ricevono il suggello della giuridicità, quale che sia il loro tenore materiale. In questo senso, la democrazia kelseniana è una democrazia formale. Precisiamo meglio: nell'ottica di Kelsen, un sistema normativo deve essere qualificato come democratico qualora alla creazione e all'applicazione delle leggi partecipino gli stessi soggetti la cui condotta è da esse regolata. Tutto qui. Niente di più, niente di meno. La democrazia è una particolare «forma» di Stato, vale a dire un metodo di produzione del diritto caratterizzato dal principio di autodeterminazione.

Per stabilire se lo Stato abbia natura democratica, dunque, è del tutto irrilevante conoscere il dettato delle sue norme. Sicché, per esempio, nulla importa che esso si ispiri al liberismo o al dirigismo economico e «una democrazia – sono parole di Kelsen – può essere uno Stato liberal-capitalistico, socialista o anche totalitario»[9]. Proprio così: anche totalitario. Tanto poco i rapporti economici influiscono su di essa! E allo stesso modo non vi influiscono gli ideali politici, ivi compresi quelli liberali che, pure, paiono connaturati ai moderni regimi democratici. Anche qui – secondo Kelsen – «l'elemento procedurale rimane il più importante, mentre l'elemento liberale come contenuto particolare dell'ordinamento sociale – è di importanza secondaria. La democrazia liberale è (...) specificamente una procedura»[10]. La procedura: ecco che ritorna la procedura. Quasi che tutto dipenda da essa e nulla possa prescinderne. Quanto sia impropria e parziale questa visione «proceduralistica» della democrazia, è cosa che non mancheremo di evidenziare. Ma dovendo seguire la «metamorfosi» della libertà, o meglio la sua *ulteriore* metamorfosi – perché l'abbiamo già vista trasfigurarsi da negativa in positiva – dovendo dunque analizzarne la successiva evoluzione è proprio da qui che bisogna partire: dalla procedura che asseconda il principio di autodeterminazione.

[9] H. KELSEN, *La teoria politica del bolscevismo e altri saggi*, a cura di Riccardo Guastini, Il Saggiatore, Milano 1981, p. 39.

[10] H. KELSEN, *I fondamenti della democrazia*, cit., p. 188.

In virtù del principio di autodeterminazione, ciò che i singoli debbono o non debbono fare coincide con quanto essi vogliono o non vogliono fare. I comandi giuridici, pertanto, rimangono in vigore se e finché godono dell'approvazione dei singoli, se e finché rispondono a quanto da essi voluto. Ne deriva che revocando il loro consenso ciascun individuo può impunemente disattendere la prescrizione giuridica. In questo modo, però, inesorabilmente uno Stato di democrazia finisce per risolversi e dissolversi in uno Stato di anarchia. Attenzione però: non l'anarchia del senso comune, quella fomentata dalla libertà negativa e che noi abbiamo descritta come una sentina di raccapriccianti atrocità; l'anarchia «tecnica», invece. Alla quale, invero, non fanno difetto le norme; solo che queste sono prive della forza per imporsi ai recalcitranti (i giuristi le dicono «ad efficacia semplice»). Tecnicamente, lo Stato di anarchia non è sfornito di un ordinamento giuridico; manca invece dell'ordinamento giuridico *coercitivo*; di un ordinamento che è coercitivo perché suscettibile di imporsi con la forza (coercitivamente, appunto) nei confronti di chi tiene una condotta contraria a quella prescritta dal diritto. Ma chiediamoci: un tale ordinamento non contrasta anche con la democrazia ideale, là dove la cogenza delle leggi è subordinata al consenso permanente di tutti coloro che vi sono soggetti? A ben riflettere, pure qui il comportamento deviante non è passibile di sanzione: chi infatti tiene questo contegno nel medesimo tempo manifesta il suo dissenso dal comando giuridico; un dissenso che, in omaggio al principio di autodeterminazione, lo pone al riparo dalla misura afflittiva. E poiché l'esperienza insegna che senza approntare tali misure, senza ricorrere a quei tipici argomenti persuasivi che sono le misure di coercizione, la società non viene ad esistenza, ne segue che il più alto grado di autodeterminazione, e cioè la libertà massima, è incompatibile con l'ordinamento collettivo[11]. Scrive Kelsen: «nel caso-

[11] Spiega Kelsen: «La differenza fra uno stato di anarchia, in cui nessun

limite in cui il *tu devi* dell'imperativo sociale viene condizionato da un *se e ciò che tu vuoi* di colui a cui è rivolto, l'ordine perde ogni senso sociale (...) Se fra dovere ed essere esistesse sempre una coincidenza, vale a dire se infinito fosse il valore della libertà, non si potrebbe più parlare di sottomessi»[12]. E a rigore non si potrebbe nemmeno più parlare di società. Perché la società – giusta l'osservazione di Kelsen – «è potere e comando»[13]. E il comando si rivolge ai subordinati. Ai sottomessi, appunto.

Il problema che si pone diventa allora il seguente: come passare da una democrazia ideale che è incompatibile con il vivere associato a una democrazia reale, capace di conciliarsi con esso. Detto diversamente: come limitare l'autodeterminazione democratica «nella misura strettamente necessaria a rendere possibile la società in generale e lo Stato in particolare»[14]. E questo è un problema che viene risolto azionando il dispositivo di maggioranza. Un simile meccanismo mitiga la portata del principio di autodeterminazione imbrigliandone gli effetti e contenendoli in ambiti compatibili con l'esistenza della società. Se le esigenze della realtà sociale impediscono all'ordinamento democratico di armonizzarsi con le volontà di tutti, il congegno maggioritario fa in modo che almeno esso contrasti con il minor numero possibile di tali volontà. «L'idea che sta alla base del principio di maggioranza – spiega Kelsen – è che l'ordinamento sociale deve essere in accordo con quanti più soggetti sia possibile, e in disaccordo con quanti meno sia possibile»[15]. In

ordinamento sociale è valido, e un ordinamento sociale la cui validità sia basata sul consenso permanente di tutti i suoi membri, esiste soltanto nel regno delle idee. Nella realtà sociale, il più alto grado di autodeterminazione politica, cioè uno stato in cui sia impossibile un conflitto fra l'ordinamento sociale e l'individuo, è difficilmente distinguibile da uno stato di anarchia. È completamente superfluo un ordinamento normativo che regoli il reciproco comportamento degli uomini, se è escluso *a priori* ogni conflitto fra l'ordinamento e i suoi soggetti.» (*Teoria generale del diritto e dello Stato*, cit., p. 291).

[12] H. KELSEN, *Essenza e valore della democrazia*, cit., p. 43.

[13] H. KELSEN, *Il primato del parlamento*, Giuffrè, Milano 1982, p. 21.

[14] H. KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, cit., p. 291.

[15] *Ibid.*, pp. 291-292.

questo modo «il numero dei soggetti dell'ordinamento sociale che lo approvano sarà sempre maggiore del numero di quelli che, totalmente o in parte, lo disapprovano, restando però questi ultimi vincolati dall'ordinamento»[16]. Di qui la necessità di un aggiustamento nella definizione prima ricordata di democrazia: si dirà democratico quell'ordinamento le cui norme derivano non già dalla decisione unanime ma dalla volontà maggioritaria. Le prescrizioni giuridiche democratiche sono quelle che esprimono l'orientamento della maggioranza perché è solo la maggioranza che provvede alla loro creazione.

Maggioranza qualificata o assoluta?

Già, ma quale maggioranza? La maggioranza che più si avvicina all'unanimità, verrebbe fatto di rispondere. E dunque – sia consentita l'allitterazione – la maggioranza maggiore, quella che per consistenza viene immediatamente dopo l'accordo unanime posto che l'accordo unanime mal s'intende con la natura coercitiva della legge. È vero, la norma giuridica esiste perché (e finché) comprime la libertà di qualcuno. Ma è proprio qui il punto: quanti dovranno essere questi qualcuno? Numerosi? Meno numerosi? E in che misura meno numerosi? Ci si ricordi che stiamo discorrendo della legge democratica, e poiché tale legge promette la più ampia libertà possibile, ne deriva che pochi, pochissimi, dovranno riuscirne menomati nella loro autonomia. E che di conseguenza, tanti, tantissimi avranno da riconoscersi nelle sue disposizioni. Che, perciò, andranno sì deliberate a maggioranza, ma a maggioranze qualificate e non assolute: le prime e non le seconde onorano convenientemente la promessa di libertà.

Di per sé il ragionamento è ineccepibile. Ma il suo assunto non risponde al vero. Di guisa che alla fine è l'intera imposta-

[16] *Ibid.*, p. 292.

zione a venirne compromessa. A ben vedere, infatti, qui si presuppone che la maggioranza sia data una volta per sempre, che essa cioè non cambi mai, quasi fosse un *perpetuum immobile*, tetragono ai mutamenti e come pietrificato in un eterno presente. Basta poco però per accorgersi che ben altra è la natura della democrazia e che l'incedere – lento, forse, ma comunque inesorabile – dei suoi elementi ne accompagna tutto lo svolgimento. No, non c'è nulla o quasi nulla[17] di essa che si consumi in una sorta di rugginosa immobilità, pena altrimenti la corruzione della sua essenza vitale. Di sicuro non resta immota la composizione della maggioranza, che oggi può avere una fisionomia e domani un'altra affatto diversa. Donde la necessità di non ostacolarne il cambiamento; rispetto al quale è assai più congrua la maggioranza assoluta che non quella qualificata. E vediamo perché. Immaginiamo una collettività di cento individui, ciascuno con diritto di voto; e immaginiamo altresì che questa collettività decida di sostenere le sue risoluzioni con il conforto di un'ampia maggioranza, poniamo dei 4/5. Supponiamo ora che effettivamente una decisione venga adottata con 80 voti a favore e 20 contrari. Nulla di più democratico, parrebbe. E infatti, al cospetto di una maggioranza così robusta, è veramente esiguo il numero di coloro che non si riconoscono nella legge e che, non avendola votata, ritraggono da essa una diminuzione della loro autono-

[17] Dico «quasi» nulla perché – come già avvertiva Tocqueville – «nelle società democratiche regna un movimento perpetuo e tutti ignorano la quiete; ciò che distingue questo movimento dalle rivoluzioni è che per esso vi sono limiti ben precisi che non sono mai violati (...). Gli uomini alterano o rinnovano quotidianamente le cose secondarie, ma fanno bene attenzione a non toccare le più importanti (...). Due cose stupiscono: la grande mobilità della maggior parte delle azioni umane e la singolare fissità di taluni principi. Se gli uomini sono senza posa in movimento, lo spirito umano sembra quasi immobile (...) i principi generali, religiosi, filosofici, morali e perfino pratici non mutano affatto o, almeno, si modificano attraverso un lavorio nascosto e spesso insensibile» (*La democrazia in America*,in *Scritti politici*, vol. II, Utet, Torino 1968, p. 750). Fin qui Tocqueville, e sì che di democrazia se ne intendeva; più avanti avremo modo di esaminare la natura di questi «principi generali».

mia. E fin qui tutto bene. Le cose si complicano quando qualcuno della maggioranza cambia idea (ecco il cambiamento cui si accennava prima); cambia idea e si convince che i 20 oppositori non avevano torto a contestare l'adozione di quella norma. Nulla di strano poi che il suo esempio sia contagioso e che dietro di lui altri 40 si convertano alle ragioni della minoranza. Che così diventa maggioranza (20 + 1 + 40); ma pur facendosi maggioranza non può revocare nulla, occorrendole ancora un certo numero di suffragi per raggiungere quota 80, che sola consente di abrogare il provvedimento e di sostituirlo con un'altro che risponde meglio alla sua volontà. Assistiamo così ad una legge che – in ossequio alla maggioranza qualificata – rimane in vigore ancorché gli individui che l'accettino siano meno di quelli che la rifiutano. Il che è precisamente il contrario di quanto vorrebbe assicurare la libertà democratica. «Da questo punto di vista – come spiega egregiamente Kelsen – il principio della *maggioranza assoluta* è quello che rappresenta l'approssimazione relativamente maggiore all'idea di libertà. Infatti, se a modificare l'ordine vigente si richiedesse *meno* della maggioranza assoluta degli assoggettati all'ordine stesso, vi sarebbe la possibilità che la volontà statale al momento della sua creazione si trovi, anziché in accordo, in contrasto con un numero maggiore di volontà individuali, e che di conseguenza, avvenuta la modificazione dell'ordine sociale, vi sia un minor numero di individui liberi, perché di volontà concordanti con quella dell'ordine sociale, ed un maggior numero di individui non liberi perché in disaccordo con l'ordine sociale stesso». E così prosegue: «Se invece per la modificazione dell'ordine vigente si richiedesse *più* della maggioranza assoluta – per es. una maggioranza qualificata dei due terzi o dei tre quarti dei membri della collettività – vi sarebbe la possibilità che una minoranza riesca a creare una volontà statale con l'impedirne – in contrasto con la volontà di una maggioranza – la modificazione, e anche in questo caso vi sarebbe un numero maggiore di individui non liberi»[18].

[18] H. KELSEN, *Essenza e valore della democrazia*, cit., pp. 168-169.

Dall'unanimità alla maggioranza qualificata, e dalla maggioranza qualificata alla maggioranza assoluta: sono queste le tappe che abbiamo percorso lungo il tragitto che conduce alla democrazia reale. Prima di procedere oltre, però, conviene spendere qualche altra parola sul principio di maggioranza; non foss'altro perché proprio a tal riguardo il pensiero di Kelsen inciampa in difficoltà che fanno stecca sul rigore delle sue indagini. Abbiamo visto cosa giustifichi il criterio della maggioranza assoluta: è la necessità di assecondare i cambiamenti di opinione e di favorirli nella ricerca di una nuova maggioranza. Insomma, tutto ha origine quando colui che fin lì ha sostenuto la maggioranza, all'improvviso si lascia conquistare da un'altra idea; in tal caso perché egli ridiventi libero, occorre che la legge rifletta la sua mutata convinzione, bisogna cioè che questo nuovo convincimento si converta in legge. La qual cosa, come sappiamo, «sarà tanto più facile ad ottenersi quanto più piccolo sarà il numero di individui di cui è necessario l'accordo per decidere una modifica nella volontà dello Stato»[19]. La maggioranza assoluta, dunque, postula il cambiamento di opinione. Ma, a sua volta, tale cambiamento cosa presuppone? Presuppone la tutela delle minoranze. È evidente, infatti, che se queste non sono garantite, l'ipotesi di organizzare una nuova maggioranza diviene bizzarra e fantasiosa.

In tal caso, infatti, chi trasmigra dall'opinione sostenuta dalla maggioranza alla convinzione caldeggiata dalla minoranza, passa con ciò stesso da quanti hanno il diritto di far valere le loro idee a coloro cui è imposto di tacere. Ben a ragione, perciò, Kelsen può ammonire che «non è lecito identificare (...) il principio di maggioranza con l'idea di un incondizionato dominio di essa sulla minoranza»[20], e cioè con «una dittatura della maggioranza sulla minoranza»[21]. L'esistenza della quale perciò deve essere

[19] *Ibid.*, p. 46.
[20] *Ibid.*, p. 169.
[21] *Ibid.*, p. 97.

scrupolosamente salvaguardata. D'accordo, ma salvaguardata da chi? E da cosa? Questo è il punto in cui il pensiero di Kelsen da piano e lineare che è si fa incerto e irto di contraddizioni. Sono due le soluzioni che egli offre al lettore; la prima, vera, ma sulla quale sorvola con una rapidità un po' sospetta, e la seconda, non sempre convincente, su cui egli indugia con dovizia di argomenti e di spiegazioni. Fulminea come una rivelazione è la risposta corretta. «La protezione della minoranza – afferma Kelsen – è la funzione essenziale dei cosiddetti diritti fondamentali e delle libertà fondamentali»[22]. E tutto finisce qui, quasi si trattasse di una verità solare il cui fulgore basta da solo a rischiarare ogni perplessità. E invece no, non è affatto una verità pacifica. O per lo meno non dovrebbe essere tale per coloro che sulla scia dell'insegnamento kelseniano aderiscono alla visione «proceduralistica» della democrazia. Se la democrazia è una procedura, una forma, e una forma che è indipendente da qualsivoglia contenuto, ne deriva, a rigore, che essa – la democrazia – dovrebbe poter prescindere anche dai diritti di libertà. Questi, infatti, muovono da una precisa concezione politica, sono il retaggio dell'idea liberale; che per Kelsen è una, ma soltanto una, delle tante ideologie che danno sostanza alle forme democratiche. Le sue parole sono inequivoche: «Anche (...) nel caso che la libertà individuale fosse completamente annientata *e l'ideale liberale negato*, la democrazia sarebbe ancora possibile»[23]. Ma come? Non si è detto che la democrazia riposa sul congegno maggioritario? E che questo congegno funziona perché assicura alla minoranza la libertà di diventare maggioranza? E non si è stabilito altresì che la libertà della minoranza viene garantita dai diritti di libertà, ossia da un particolare contenuto delle norme giuridiche?

Come la mettiamo allora? Veramente il dispositivo della maggioranza è un espediente neutrale, buono per tutti gli usi, perfino a servire gli ideali illiberali? E se non è così, se deve attin-

[22] *Ibid.*, p. 94.
[23] *Ibid.*, p. 46.

gere a certi principi anziché ad altri, non ne viene la necessità di congiungere la democrazia con le regole liberali? Il tutto, si badi, non per una generosa concessione al senso comune, come fa Kelsen quelle poche volte in cui combina liberalismo e democrazia[24]; per una ragione tecnica, invece; perché senza la sostanza liberale, senza i diritti liberali di libertà, la procedura democratica si inceppa e non può operare. Su tutto ciò torneremo ad insistere in prosieguo. Per intanto ci basta sottolineare come le implicazioni della risposta kelseniana pervengono ad un esito che è agli antipodi del suo pensiero: che cioè la democrazia è meno formale e quindi più sostanziale di quanto egli la consideri. Si capisce, dunque, perché Kelsen abbia soltanto adombrata questa risposta e subito se ne sia ritratto, come presago delle conclusioni cui essa l'avrebbe condotto. E similmente si capisce perché egli abbia profuso tesori d'intelligenza nello sforzo di accreditare la seconda soluzione, quella che a noi pare meno attendibile e più problematica. Problematica perché, secondo

[24] Fa testo quel che scrive Kelsen ne *I fondamenti della democrazia*: «Il concetto moderno di democrazia (...) è stato modificato dal liberalismo politico, la cui tendenza è di ridurre il potere del governo nell'interesse della libertà dell'individuo. Seguendo tale influenza, nel concetto di democrazia sono state introdotte garanzie per certe libertà intellettuali, specialmente per la libertà di coscienza, sicché un ordinamento sociale che non contenesse tale garanzia non sarebbe considerato democratico *anche se la procedura della sua creazione ed applicazione garantisse la partecipazione dei governati al governo*» (pp. 187-188; il corsivo è aggiunto). Il che è precisamente ciò che non può avvenire: non vi può essere partecipazione democratica senza la garanzia liberale dei diritti individuali. Sul punto, rinvio al paragrafo: *La precedenza del liberalismo* (nel testo a p. 73). L'insegnamento kelseniano ha fatto scuola se è vero che anche Guastini, nella prefazione a *La teoria politica del bolscevismo*, si chiede: «Secondo il senso comune e il modo comune di esprimersi, perché vi sia democrazia l'ordinamento statuale deve avere anche certe caratteristiche di contenuto: deve concedere ai cittadini taluni diritti di libertà, e tutelarli convenientemente. In tal senso, può esservi democrazia senza un certo grado di liberalismo?» (cit., p. 16). Ripeto: il problema non è di rendere omaggio al senso comune (anche perché, tra l'altro, non necessariamente il senso comune coincide con il buon senso); si tratta di sapere, invece, se *in punto di principio*, la democrazia moderna può prescindere dal liberalismo.

Kelsen, è la dinamica stessa del principio maggioritario che assicura la tutela delle opposizioni. Lasciate che questo principio svolga la sua azione – egli sembra suggerire – e vedrete che nessuna minoranza avrà di che lamentarsi; non vi affaticate a porre *anticipatamente* limiti e restrizioni giuridiche, perché i limiti e le restrizioni esso se li darà naturalmente, per virtù propria, quali *conseguenze* spontanee del suo *modus operandi*. Tutto, proprio tutto dunque, compresa la protezione del dissenso, viene affidato così all'effetto naturale della regola maggioritaria. Qual è allora questo risultato così benefico che consegue da essa? Per Kelsen non vi sono dubbi: è il compromesso politico tra la maggioranza e le minoranze; un compromesso donde queste ultime riescono esaltate, e che impedisce loro di gemere sotto la ferula della maggioranza. «Non esiste – egli scrive – un dominio assoluto della maggioranza sulla minoranza perché la volontà generale, formata secondo il principio della maggioranza, non si manifesta sotto forma di *diktat* imposta dalla maggioranza alla minoranza, ma come *il risultato* dell'influsso che i due gruppi esercitano uno sull'altro»[25].

Ora, se veramente il compromesso fosse l'approdo ultimo e necessitato della regola di maggioranza potremmo dismettere ogni assillo riguardo al contenuto delle norme giuridiche; e quindi si placherebbero tutte le nostre inquietudini circa la sorte delle minoranze, dacché queste sempre e comunque avrebbero voce in capitolo. Diversamente, con chi la maggioranza dovrebbe patteggiare? Con quali gruppi avrebbe da negoziare? Il fatto, però, è che il compromesso è un evento politico, e perciò fluttuante libero e imprevedibile come solo le vicende della politica sanno essere. Kelsen, del resto, tutto questo lo riconosce: «il principio di maggioranza – egli afferma – col distinguere la totalità degli assoggettati in due soli gruppi, maggioranza e minoranza, *crea la possibilità di un compromesso*»[26]. La possibilità si badi, non più la necessità. E se è una possibilità, può esserci come non esserci,

[25] H. KELSEN, *Essenza e valore della democrazia*, cit., p. 97.
[26] H. KELSEN, *Il problema del parlamentarismo*, cit., p. 171.

verificarsi come non verificarsi: ma se non si verifica, se non si addiviene a nessun accordo, chi mai proteggerà le minoranze? Chi impedirà che esse soccombano sotto la potenza maciullatrice dei più forti? Ecco perché il volere imprimere un certo contenuto alle norme giuridiche non è affatto un'ubbia da tormentati, e per contro appare superficiale fino alla sconsideratezza chi confida oltremodo nella naturale bontà delle vicende politiche.

Le luci (poche) e le ombre (tante) della rappresentanza proporzionale

Ma non finisce qui. Altre e più imbarazzanti difficoltà costellano le riflessioni di Kelsen. Il quale, issato che abbia il vessillo del compromesso, riunisce sotto il suo palpito tutti gli accorgimenti che (a suo dire) ne favoriscono la conclusione. Primo fra tutti il sistema proporzionale, di cui egli è un fiero difensore. E si capisce perché: se è vero che la regola della maggioranza promuove gli accordi con le minoranze, se è vero – per dirla con Kelsen – che essa è «un principio di compensazione delle antitesi»[27], o come scrive altrove, «la premessa»[28] delle transazioni politiche, se è vero tutto ciò, ne segue che tanto meglio assolverà la sua prerogativa quante più minoranze siederanno in Parlamento e quanto più fedelmente queste vi si troveranno rappresentate. Infatti, scrive Kelsen, «l'influenza che la minoranza esercita sulla formazione della volontà della maggioranza sarà tanto più intensa quanto più questa minoranza o le minoranze saranno fortemente rappresentate in parlamento, e non v'è dubbio che la proporzionale favorisce la tendenza insita nell'idea di libertà, che è di impedire che l'arbitrio della maggioranza spadroneggi senza restrizioni sulla minoranza»[29].

[27] *Ibid.*
[28] *Ibid.*, p. 175.
[29] *Ibid.*, p. 172.

Sul punto, la logica di Kelsen è stringente; così stringente che se accettassimo di agganciare il primo anello dei nostri ragionamenti al suo medesimo arpione, saremmo condotti alle sue stesse conclusioni. E quindi a difendere con lui e come lui il principio della rappresentanza proporzionale. Che è proprio il contrario di quanto abbiamo in animo di compiere; segno, dunque, che c'è qualcosa che non convince e che la catena dei sillogismi kelseniani è meno solida di quanto appaia. Ripercorriamola a ritroso, quindi, e il lettore ci vorrà perdonare se lo invitiamo a riflettere sui due concetti testé esposti. Il primo è che per Kelsen il principio di maggioranza è la «premessa», il presupposto del compromesso. Il quale compromesso si può stipulare soltanto *dopo* che si è allestita una maggioranza e precisamente quando questa maggioranza s'impegna a recepire le ragioni dell'opposizione. In questo senso diciamo che ne è l'ineludibile precondizione: dove c'è la maggioranza lì può intervenire l'intesa, il reciproco accomodamento. Attenzione: *può* intervenire, ma nulla assicura che intervenga davvero. Il compromesso, come sappiamo, è soltanto una possibilità e non una necessità (tra l'altro, se fosse necessario e per così dire consustanziale al principio maggioritario, diverrebbe inutile lo stesso accorgimento della maggioranza semplice, sarebbe superfluo cioè che una maggioranza così composta presiedesse all'approvazione delle leggi: ogni norma, infatti, sarebbe *sempre* confortata *e* dai suffragi della maggioranza *e* dal consenso della minoranza. Sicché l'ideale dell'autodeterminazione non verrebbe avvilito né dalla richiesta di maggioranze qualificate né, al limite, dal postulato dell'unanimità). Ma torniamo a noi: il compromesso, dunque, può anche non riuscire; niente esclude però che l'impraticabile di oggi divenga il realizzabile di domani; e che un conflitto, prima risolto a maggioranza possa dipoi – ove mai abbia a risorgere – venir composto mediante mutue concessioni. Stando così le cose, ragione e buon senso vogliono che anche quando non si addiviene al compromesso, si salvaguardi comunque lo strumento che ne fa da tramite; la «premessa» (per dirla con Kelsen) che, se non oggi, può renderlo possibile in seguito: e quindi bisogna agevo-

lare sempre la formazione della maggioranza. La qual cosa – come riconosce lo stesso Kelsen[30] – è resa difficile proprio dall'adozione della proporzionale, che frammentando i partiti ne rende più ardua la composizione. In questo senso, perciò, Kelsen fa servire il compromesso da un meccanismo – quello della proporzionale – che poco o punto gli è acconcio. Si dirà: la proporzionale non impedisce la costituzione della maggioranza; solo, rende meno spedito il cammino per crearla. Certo, occorre destreggiarsi fra mediazioni laboriose, accordi precari, equilibri incerti e quanto altro ancora concorre a rallentarne la cadenza; ma non è detto che questa marcia debba arrestarsi e non possa andare a buon fine. Purché, beninteso, chi la intraprende sia risoluto a sostenerla fino in fondo e abbia ferma la volontà di sormontare gli ostacoli che gli si parano dinanzi. Non solo – si continua ad argomentare –, ma come accade per tutte le vicende umane, anche qui il bene e il male sono riuniti in così inestricabile intreccio che non è facile stabilire dove finisca l'uno e dove inizi l'altro; e non è neppure improbabile che proprio dal male derivi quel poco di bene che in politica è concesso di godere. Sicché, è vero che la proporzionale non aiuta ad allestire la maggioranza ma proprio per questo torna utile alla virtù del compromesso. Il quale compromesso sarà più facile da concludersi quando i partiti della maggioranza debbono stemperare le reciproche angolosità per cementare il loro legame. Educandosi all'accortezza dei dosaggi e sperimentando quale e quanta pazienza occorra nelle trattative politiche, riuscirà loro meno improba la fatica di intendere le opposizioni. Insomma, abituandosi a transigere con loro e fra loro, saranno perciò stesso più inclini a

[30] «Contro il sistema proporzionale – scrive Kelsen – si è particolarmente obiettato che esso favorisce la formazione di piccoli partiti, anzi, di partiti minuscoli, comportando così il pericolo di uno smembramento dei partiti stessi. Ciò è giusto e porta come conseguenza alla possibilità che, in Parlamento, nessun partito disponga della maggioranza assoluta e che, con ciò, la formazione della maggioranza, indispensabile per la procedura parlamentare, venga resa essenzialmente più difficile» (*Essenza e valore della democrazia*, cit., p. 102).

patteggiare con gli altri. Il compromesso interno alla maggioranza, quindi, come tirocinio e quale preparazione al compromesso «esterno» con la minoranza. Ecco perché – così almeno si sostiene – non tutto il male viene per nuocere.

Il vizio di questo ragionamento, i cui accenti risuonano anche nelle parole di Kelsen[31], è di indulgere ad un ottimismo un po' fatuo che si compiace di segregarsi dalla realtà, quasi gli riuscisse penoso documentarne le manchevolezze. Che, invece, ci sono e non è lecito ignorare. Almeno finché è ad un'opera di scienza che si attende e non già a creazioni fantastiche vibranti di accensioni o struggimenti poetici. La realtà non fa poesia: per poco che la si ascolti, parla in prosa.

Parlando in prosa, suggerisce la cautela e fa strame delle superbe speranze che accompagnano la proporzionale. Alla quale, tanto per cominciare, non va riconosciuto il merito di incoraggiare il «compromesso» interno, quello tra i gruppi della maggioranza. Il compromesso, dopotutto, ha una sua nobiltà non foss'altro perché ripugna alla perentorietà arrogante dei fanatici. La proporzionale, invece, fa stringere patti che sovente mancano di ogni dignità e che perciò vanno rubricati sotto un lemma assai meno edificante di «compromesso»: essi sono l'espressione del *ricatto* che i partiti più piccoli impongono a quelli più grandi. Che di estorsione e non di conciliante tolleranza si tratti, l'ha spiegato come meglio non si potrebbe Luigi Einaudi in uno scritto dal titolo che è tutto un programma: *Contro la proporzionale*. È veramente un piccolo gioiello di chiarezza e di eleganza e conviene riportarlo per esteso: «Colla proporzionale – scrive Einaudi –, ossia con un collegio elettorale grande (ad

[31] «La proporzionale – scrive Kelsen – non fa che trasferire dalla sfera degli elettori a quella del parlamento la necessità delle *coalizioni dei partiti*, cioè la necessità per i partiti di far passare in seconda linea le differenze di minor conto che li dividono, per accordarsi sugli interessi di maggior importanza. L'integrazione politica implicita nella coalizione dei partiti, e resa necessaria dal principio di maggioranza, non è – dal punto di vista della tecnica sociale – un male, ma al contrario segna un progresso» (*Il problema del parlamentarismo*, cit., pp. 172-173).

esempio, Lombardia, Piemonte, Emilia ecc.), chiamato ad eleggere, supponiamo, 50 deputati, scelti in modo che ogni gruppo, il quale giunga almeno a 25 mila elettori abbia un proprio rappresentante, noi diamo un premio al moltiplicarsi dei gruppi. Ognuno, il quale abbia o creda di avere un'idea capace di attirare a sé 25 mila elettori, promuoverà la formazione di un proprio gruppo. C'è chi vuole sia posto un dazio sul grano? o chi dice essere un inaudito sopruso l'obbligo della vaccinazione? o chi voglia la denuncia del concordato col Vaticano? o la introduzione obbligatoria della partecipazione ai profitti degli operai? o chiede sia introdotto l'istituto del divorzio? (...) Perché – domanda Einaudi – chi ha un'opinione distinta e ben netta, chi ha un programma particolare da attuare, il quale a lui pare sovra ogni altro importante, non dovrebbe tentare di costituire un gruppo? Ed ecco i 50 deputati della Lombardia divisi in quattro o cinque o dieci gruppi, provveduti ognuno di tanti deputati quanti sono i quozienti di almeno 25 mila elettori che ogni gruppo è riuscito a raccogliere sotto la sua bandiera. Ed ecco i 50 deputati del Piemonte divisi in altri tre o quattro o sei gruppi, non necessariamente identici ai gruppi lombardi (...) ed ecco i parlamenti frazionarsi all'infinito. Pur non esagerando, la probabilità della formazione di tre o quattro grossi partiti e di una diecina di minori gruppi è evidente ed irrimediabile». Con quali conseguenze sugli accordi di maggioranza è presto detto: «con siffatta composizione – prosegue Einaudi – non è improbabile che la formazione di una maggioranza di governo dipenda dall'appoggio di un qualche gruppo minore, il quale non rappresenta alcun interesse veramente generale o nazionale, ma una qualunque idealità particolare, cara ad una piccola minoranza della nazione. Se ci sono venti deputati divorzisti ed altrettanti anticoncordatari decisi a vendere il proprio voto al più alto prezzo, pur di far trionfare il proprio particolare punto di vista, ci troveremo dinnanzi ad un governo di coalizione, il quale sarà costretto a far votare dalla propria maggioranza la legge divorzista o quella anticoncordataria od un'altra qualunque legge, *senza che vi sia alcuna benché minima probabilità che quella*

legge sia sul serio voluta dalla maggioranza degli elettori». Ed Einaudi conclude così: «la proporzionale è il trionfo delle minoranze; ognuna delle quali ricatta le altre e il governo, per costringere parlamento e governo a votare e proporre leggi volute dai singoli gruppi»[32]. Altro che serena indulgenza ed operosa collaborazione! E se dopo tutto ciò, ancora di collaborazione vogliamo discorrere, allora dobbiamo ritenere che anche il passante «coopera» col malvivente quando questi, pistola alla tempia, gli intima la consegna del denaro. Anche qui – chi lo nega? – c'è collaborazione: ma coatta; così come coatta è la collaborazione con i piccoli gruppi (magari antiproibizionisti o leghisti) il cui sostegno è indispensabile a puntellare la maggioranza. Ma questo è il compromesso che abbiamo in mente? E soprattutto, è così che si soddisfa l'interesse generale? Costringendosi a varare leggi particolari, che appagano questo o quello ma che – come avvertiva Einaudi – non rispondono né all'orientamento né ai desideri della maggioranza degli elettori? Che ne è allora del principio di maggioranza? E in questo modo non si mortifica lo stesso ideale dell'autodeterminazione?

Ecco l'altra pecca del sistema proporzionale e, guarda caso, è proprio il magistero kelseniano che ci consente di evidenziarla. Per Kelsen, come sappiamo, l'ordinamento democratico deve far coincidere il diritto con le aspirazioni di chi gli è sottoposto. E tanto meglio soddisfa questo ufficio quanto più assicura un legame intimo, profondo,tra le sue leggi e i propositi dei cittadini. Insomma, più i cittadini riconoscono nelle leggi il suggello della loro volontà e più queste leggi onorano l'ideale democratico dell'autodeterminazione. Un ideale che non riceve umiliazioni finché si concorre direttamente all'attività legislativa, finché cioè si attende al processo decisionale senza dover passare per le strettoie della mediazione politica. È chiaro, infatti, che in questo caso gli imperativi giuridici riproducono con fedeltà immediata le passioni e i bisogni di chi li ha elaborati, perché immediato e senza intoppi è il loro collegamento con la volontà popolare.

[32] L. EINAUDI, *Il buongoverno*, Laterza, Bari 1955, pp. 61-62.

Quando però – come nel caso dei sistemi rappresentativi – sopravvengono gli intermediari ed è giocoforza delegar loro la creazione del diritto, allora no, non è più pacifico che le leggi riflettano le inclinazioni dei cittadini e c'è il rischio che queste vengano alterate o tradite. Un rischio che è tanto meno remoto quanto più la proporzionale dispiega liberamente i suoi effetti: favorendo la moltiplicazione dei partiti, la proporzionale dilata a dismisura la tastiera delle combinazioni parlamentari. Di guisa che alla fine chi decide non è l'elettore ma i suoi rappresentanti; questi e non quello stabiliscono quale alchimia politica dovrà produrre le leggi, così come questi e non quello certificano la moralità, l'efficienza e la competenza del personale adibito agli incarichi di governo. Ecco perché l'elettore ha «ragione di sentirsi *tradito* da un parlamento lasciato arbitro di scegliere tra tutte le coalizioni possibili, e che pertanto lo spossessa del diritto di determinare una linea di governo»[33]. Il cittadino inglese, prima ancora di deporre la sua scheda nell'urna, sa che se vincono i conservatori la legge avrà una certa ispirazione e il governo una particolare fisionomia; e che se invece prevalgono i laburisti, leggi e governo avranno altre fattezze, egualmente però ben nitide e definite. Egli, quindi, non avanza alla cieca, come nell'oscurità fonda della notte; ma procede tra alternative chiare che spetta a lui promuovere o bocciare. Per contro, quale sfera di cristallo deve possedere l'elettore italiano per divinare i nomi dei futuri ministri? E quale virtù rabdomantica bisogna mai esercitare per antivedere gli intrugli dai quali muoveranno le norme giuridiche? Da esarchie? Pentarchie? Tetrarchie? Triarchie?... E che il diavolo se le porti tutte via!

Intendiamoci bene: non è che la bilancia penda tutta dal lato maggioritario e che il sistema proporzionale difetti di ogni virtù. Al contrario, ne possiede diverse e tutte notevoli[34].

[33] G. SARTORI, *Teoria dei partiti e caso italiano*, SugarCo, Milano 1982, p. 169.

[34] Ha scritto Giovanni Sartori: «nelle società polietniche e a cultura fram-

Ma nel repertorio dei suoi pregi manca proprio la dote che, sola, avrebbe giustificato l'adesione di Kelsen, quella cioè che garantisce la coincidenza tra l'opinione pubblica e la maggioranza governativa e che, assicurando questa coincidenza, soddisfa meglio l'ideale dell'autodeterminazione: la dote cioè delle «maggioranze imposte», imposte – si capisce – dagli elettori ai parlamentari secondo una dinamica che Maurice Duverger ha esposto così: «Allorché la ripartizione dei seggi tra partiti è tale che nessun equivoco può sorgere sulla maggioranza, in modo che questa sfugga all'azione dei deputati e agli intrighi parlamentari, si ha una maggioranza *imposta*. Al contrario, quando vari partiti hanno un numero di voti pressoché equivalente e nessuno di essi è in grado di governare da solo, la formazione della maggioranza dipende in larga parte dalla volontà dei deputati e degli stati maggiori dei partiti, in quanto l'opinione pubblica non interviene direttamente in materia; abbiamo allora una *maggioranza libera*. Il primo caso – continua Duverger – corrisponde al concetto tradizionale di democrazia; il secondo sfocia in un miscuglio di democrazia e di oligarchia, in cui il popolo viene chiamato unicamente a determinare col suo voto le rispettive percentuali di influenza degli stati maggiori partitici (...). Fenomeni simili si possono osservare nella maggior parte degli Stati proporzionalisti»[35].

Sia consentito affermarlo una volta di più: la proporzionale ha molti meriti, tranne quello di servire convenientemente «il concetto tradizionale di democrazia». Che, combinazione, è proprio il concetto di Kelsen. Ecco perché non si capisce perché difenda così puntigliosamente questo meccanismo elettorale.

mentata l'adozione di un metodo uninominale di rappresentanza lascia indifese minoranze esposte ad offese. Nelle società conflittuali, dunque, non solo occorrono gruppi decidenti più numerosi, ma la rappresentanza proporzionale può diventare una garanzia essenziale. E questa è (più di altre) la più valida giustificazione del proporzionalismo» (*Elementi di teoria politica*, Il Mulino, Bologna 1987, p. 373).

[35] M. DUVERGER, *I partiti politici*, Comunità, Milano 1961, pp. 475-477.

Fin qui per quanto riguarda la proporzionale. Qualche altra parola, ora, sul compromesso, che come abbiamo visto non è necessario né ineluttabile. E invero, se fosse inevitabile come i fenomeni naturali, se dovesse verificarsi con la stessa inesorabile puntualità con cui il giorno si alterna alla notte, non rimarrebbe che prenderne atto come tante altre cose che non dipendono da noi, accontentandosi di sapere che così è stato sempre e che sempre sarà così. Ma poiché è un evento soltanto possibile, bisogna sondarne le ragioni profonde e individuare perciò le condizioni che presiedono al suo realizzarsi. E Kelsen non si sottrae a questo compito, offrendo al riguardo una spiegazione quanto mai lucida e pertinente: «Compromesso significa: posposizione di ciò che divide gli associandi a vantaggio di ciò che li unisce. Ogni baratto, ogni concordato – egli spiega – è un compromesso, perché compromesso significa *tolleranza*»[36]. E aggiunge: «Maggioranza e minoranza debbono potersi *capire* fra di loro, se si vuole giungere ad una reciproca tolleranza»[37]. Il compromesso, dunque, rinvia alla tolleranza e la tolleranza a sua volta rimanda ad un insieme di norme, di credenze e di valori condivisi sia dalla maggioranza che dalla minoranza. Diversamente, come potrebbero capirsi? Come potrebbero intendersi se parlassero lingue diverse, e diverse e incompatibili fossero le loro visioni del mondo?

Kelsen, dunque, ha mille ragioni dalla sua. Solo che argomentando così smentisce se stesso. Perché in questo modo riconosce al compromesso (e quindi al principio di maggioranza che ne è il presupposto) una carica spirituale che, a rigore, mal si combina con l'idea «proceduralistica» della democrazia. Se veramente la democrazia fosse un meccanismo senz'anima che prescinde da ogni contenuto giuridico, a più forte ragione essa andrebbe disancorata dai costumi e dai principi della vita mo-

[36] H. KELSEN, *Il problema del parlamentarismo*, cit., p. 170.
[37] *Ibid.*, p. 174.

rale. E invece, come spiega egregiamente Giovanni Sartori, «quando si arriva all'applicazione *temperata* del principio maggioritario (proprio questo postula il compromesso) si arriva a quel punto nel quale le precauzioni costituzionali non bastano più. Una maggioranza che ha in mano il governo e la legislazione non abusa del suo potere in quanto, alla fin fine, si autolimiti: e ciò implica un profondo senso del *fair play*, un radicato costume democratico e l'esistenza di elementi extra-giuridici di freno e di controllo»[38]. Anche a volerne scontare le incoerenze, dunque, l'insegnamento di Kelsen appare manchevole su di un doppio versante: giuridico ed etico. Giuridico, perché – come sappiamo – la democrazia necessita dei diritti liberali di libertà; ed etico perché questi stessi diritti rimangono inefficaci finché non si accompagnano ad una credenza comune e ad un comune sentire. Il quale sentire fa capo ad un valore, quello della tolleranza, che è anch'esso un'espressione liberale. Sicché – ad onta di ogni conclamata «neutralità» – la democrazia dipende due volte dal liberalismo: dal liberalismo che dà sostanza alle sue norme giuridiche (i diritti di libertà), e dal liberalismo come atteggiamento spirituale che meglio si conviene alla pratica del compromesso (la tolleranza). E che sia questa particolare condizione dello spirito a promuovere i negoziati e le intese, ci è testimoniato dallo stesso Kelsen; o meglio, dalle difficoltà in cui si impiglia quando, dimentico delle sue parole, volge altrove la propria attenzione e procura alla democrazia un fondamento diverso dai valori comuni di stampo liberale. Un fondamento che egli si affatica a ricercare nell'equilibrio dei rapporti di forza, quasi che il fatto, il nudo e crudo fatto di bilanciarsi reciprocamente, debba indurre a più miti consigli la maggioranza e la minoranza e possa stimolarle così ad accomodare i loro conflitti «per la via pacifica del compromesso»[39]. Esemplare al riguardo è la sua posizione al cospetto del marxismo. Di cui respinge la

[38] G. SARTORI, *Democrazia e definizioni*, Il Mulino, Bologna 1985, p. 151 (le parole in parentesi sono aggiunte).

[39] H. KELSEN, *Il problema del parlamentarismo*, cit., p. 175.

tesi che, a rigore, meno avrebbe dovuto contestare, quella secondo la quale il principio di maggioranza (e il compromesso che ne è il portato politico) «trova applicazione solamente in una società edificata sulla piena comunanza d'interessi dei suoi membri ma non in una società divisa dall'antagonismo di classe; e ciò per il fatto che esso si presta bensì a superare divergenze di opinioni di secondaria importanza, per così dire tecniche, ma non a risolvere conflitti di vitale interesse»[40].

Kelsen avrebbe potuto criticare l'analisi dei marxisti, far notare che i conflitti sono meno «vitali» di come essi se li figurano e che appunto perciò la società non degenera in una arena sanguinosa, perché c'è un patrimonio spirituale che accomuna i contendenti e impedisce loro di sterminarsi senza pietà in una lotta fratricida. Avrebbe potuto far notare questo e altro ancora[41]. E invece no, egli si ingegna a dimostrare che proprio quando una sbarra nera divide una sola gente in amici e nemici, proprio quando le ventate d'odio rovente paiono scuotere le fondamenta del vivere civile, allora, proprio allora, è il momento propizio perché il congegno maggioritario entri in opera e quieti queste esplosioni di rancore angustiato. «Se è vero – scrive Kelsen – ciò che la concezione materialistica della storia dice, cioè che lo sviluppo sociale conduce inevitabilmente ad una condizione in cui si contrappongono solo due gruppi come classi con interessi conflittuali (...) allora è la democrazia l'espressione adeguata

[40] *Ibid.*, pp. 174-175.

[41] L'abbiamo già detto, ma conviene ripeterlo: non è che la società democratica sia immobile e nemica del mutamento; ma perché il mutamento non comprometta la sua esistenza occorre sia circoscritto, limitato alle «cose secondarie», e non investa quelli che Tocqueville chiama i «principi primi» e le «opinioni principali che regolano la società». «Vi sono due specie di instabilità che non bisogna confondere – leggiamo ne *La democrazia in America* –: l'una si riferisce alle leggi secondarie, e questa può durare a lungo in seno ad una società molto solida; l'altra scuote continuamente le basi stesse della costituzione e attacca i principi generatori delle leggi: questa è sempre seguita da disordini e da rivoluzioni, e la nazione che la subisce vive in una condizione violenta e transitoria» (*La democrazia in America*, cit., p. 367).

della effettiva situazione di forza (...). Se ciò che conta, come proprio la critica marxista della cosiddetta democrazia borghese sottolinea energicamente, sono gli effettivi rapporti sociali di forza, allora è la forma politica democratica, con il suo principio di maggioranza e di minoranza, che costituisce un'essenziale distinzione binaria, l'espressione *vera* della società odierna, essenzialmente divisa in due classi»[42]. E aggiunge: «E se esiste una forma che offra la possibilità di dirimere *questa formidabile antitesi* (...) non attraverso una rivoluzione sanguinosa, ma pacificamente e per gradi, è proprio la forma della democrazia parlamentare»[43].

Ora, può anche darsi che la democrazia fotografi esattamente i conflitti sociali, ma se questi conflitti sono così «formidabili» come Kelsen e i marxisti sostengono, è sicuramente difficile che essa valga a comporli pacificamente. Ed è quindi improbabile che salvi se stessa dalla rovina della disgregazione rivoluzionaria. In questo caso, quindi, la democrazia avrebbe la grande virtù della precisione, ma il grave difetto di non servire a nulla e a nessuno. Certo non serve ai marxisti, il cui punto di vista – che si può censurare ma non ignorare – è a tal proposito assai preciso: a loro avviso, quando le classi antagonistiche hanno forze pressoché eguali e vieppiù tumultuosa si fa l'avanzata degli umili, quando dunque – stando a Kelsen – dovrebbero esprimersi al meglio le istituzioni democratiche, proprio allora secondo il marxismo i gruppi dominanti ricadono pesantemente su se stessi; le loro molle vitale, tese dagli spasimi di un conflitto ognora più aspro, si allentano improvvisamente ed essi, disperando di rintuzzare l'offensiva nemica, si consegnano ad un padrone come al dispensatore della pace e al garante dell'ordine borghese. Dirette e senza brillantature stilistiche sono le parole di Marx: «la borghesia confessa che il suo proprio interesse le impone di sottrarsi al pericolo dell'autogoverno; che per mantenere la calma nel paese deve anzitutto essere ridotto alla calma il suo

[42] H. KELSEN, *Sociologia della democrazia*, ESI, Napoli 1991, p. 40.
[43] H. KELSEN, *Il problema del parlamentarismo*, cit., p. 166.

parlamento borghese; che per mantenere intatto il suo potere sociale deve essere spezzato il suo potere politico; che i singoli borghesi possono continuare a sfruttare le altre classi e a godere tranquillamente della proprietà, della famiglia, della religione e dell'ordine, soltanto a condizione che la loro classe venga condannata ad essere uno zero politico»[44]. Bel modo davvero di celebrare i fasti della democrazia!

Ancora sul compromesso: effetto «meccanico» o conseguenza spitituale?

Ripetiamolo a scanso di equivoci: non è detto che queste osservazioni rispondano al vero; è facile, anzi, che lo sdegno troppo vibrato di cui esse fremono faccia velo all'esatta comprensione delle cose. Il punto però è diverso: ai marxisti meno che ad altri interessa la democrazia così come concepita da Kelsen perché, torto o ragione che abbiano, essi meno che altri confidano nelle virtù concilianti del compromesso democratico. E allora: se è questa la natura dei suoi contraddittori, il meno che si possa dire della concezione kelseniana è che pecca di astrattezza, quasi planasse nel vuoto di un'architettura logica in cui pare di soffocare tanto poco vi spira l'aria del mondo circostante. E tutto perché essa trascura la diversità di credenze e di valori cui attingono gli interlocutori di fede marxiana. I valori: ecco che tornano a far capolino i valori. E proprio quando li si voleva espungere dall'orizzonte democratico! Un tentativo, questo, votato allo scacco; e inopinatamente è lo stesso Kelsen ad offrircene conferma là dove scrive che «la forma politica della democrazia non si adatta ad una lotta di classe che debba terminare con la vittoria decisiva di un partito e la sconfitta annichilatrice dell'altro (...) appunto per ciò (essa) non è voluta da

[44] K. MARX, *Il 18 brumaio di Luigi Bonaparte*, a cura di Giorgio Giorgetti, Editori Riuniti, Roma 1974, p. 81.

tutti coloro che non vogliono la pace e quello che della pace è il prezzo: il compromesso»[45]. Parole contraddittorie se rapportate alla democrazia come egli la concepisce in più punti della sua opera, quando la definisce come un apparato freddo, esangue, non ravvivato dalla luce di una idea o dal calore di una convinzione; ma che invece colgono nel giusto se la si intende come un organismo pulsante, vivo, di una vita che si modella sullo stampo di convincimenti collettivi fermi e indiscussi. E che proprio per essere indiscussi e comuni a tutti, l'attrezzano ad assolvere il compito «della pace sociale, della composizione dei conflitti e della reciproca comprensione su una linea mediana»[46]. Da qui, dalla concordia morale, non da contrappesi o bilanciamenti, da qui deriva il compromesso. Che perciò non è l'inevitabile conseguenza di un principio «meccanico» (la giustapposizione di forze equivalenti), ma l'effetto di una causa morale (la comunione spirituale). Un effetto – come sappiamo – soltanto eventuale; e ora aggiungiamo che questa eventualità è tanto più remota quanto più intima e salda è la coesione degli animi. Quando infatti i valori comuni giacciono quietamente nel fondo dell'anima collettiva, il compromesso è meno frequente e non scandisce il ritmo della politica democratica. E si capisce perché: nelle società omogenee la distanza fra le parti è più «corta» che altrove; alimentandosi delle stesse credenze e muovendo dai medesimi principi, i partiti – benché antagonisti – non si riconoscono come nemici irriducibili fra loro. Di conseguenza, gli interessi e le preferenze del partito di opposizione trovano sempre una ragionevole rispondenza nelle politiche del partito di governo, o comunque non ne ricevono mai offese così gravi da pregiudicare la loro fedeltà al regime[47]. L'accordo, per così dire, è già nel profondo e quindi non c'è bisogno di ricercarlo in superficie, nelle aule del Parlamento. Ecco perché in queste

[45] H. KELSEN, *Sociologia della democrazia*, cit., p. 46.

[46] *Ibid.*, p. 46.

[47] Sul punto rinvio ad Arend Lijphart, *Le democrazie contemporanee*, Il Mulino, Bologna 1988 (in particolare rimando alle pp. 31 e 32).

società il compromesso non è indispensabile[48] e può capitare che un partito rimanga per lunghi anni all'opposizione senza che perciò stesso la democrazia ne abbia a soffrire (si pensi ai laburisti inglesi che dal 1951 al 1964 rimasero «all'asciutto» o ai conservatori svedesi che per ben 45 anni – dal 1931 al 1976 – furono esclusi dal governo). Dunque, potremmo concludere così: dove il compromesso è necessario (per salvare la democrazia dalle convulsioni rivoluzionarie) non è possibile, e quando è possibile non è più necessario.

Intermezzo sul marxismo

I rapidi cenni al marxismo potrebbero ingenerare l'idea di una qualche affinità spirituale o anche solo della contiguità fra Kelsen e questo filone del socialismo. E invece, benché dialogasse volentieri con gli esponenti più prestigiosi della socialdemocrazia austriaca (Max Adler, *in primis*) e nonostante gli capitasse di indulgere alla stessa fraseologia, Kelsen fu un critico severo della loro dottrina. Ecco perché, prima di andare avanti, conviene dissipare ogni possibile equivoco circa una sua filiazione dal marxismo. Che sotto diversi aspetti venne bersagliato dalla censura kelseniana. Ma mai così impietosamente come per la nozione di «Stato».

Marx, Engels e i loro epigoni definiscono lo Stato come una macchina coercitiva per lo sfruttamento di una classe da parte di un'altra, in modo tale che quest'ultima oltre che economicamente diviene anche politicamente dominante. Kelsen respinge sdegnosamente come ideologica e non scientifica una tale for-

[48] E anzi, potrebbe risultare dannoso perché, scontato l'accordo sui principi primi, il compromesso lo estenderebbe anche alle «cose secondarie», ingenerando così un consenso troppo esteso e tale comunque da paralizzare lo sviluppo della società. Che, come è noto, si nutre di lotte e di antagonismi. Purché,beninteso, le lotte e gli antagonismi siano ritualizzati e non radicali. Un conflitto si dice ritualizzato quando i contendenti «mettono in discussione certe cose, ma non mettono in discussione tutto» (J. ORTEGA Y GASSET, *Sull'Impero romano*, in *Scritti politici*, UTET, Torino 1979, p. 990).

mulazione teorica, e per confutarla si serve proprio di quel concetto di Stato che è andato elaborando nelle sue ricerche più specialistiche. Egli identifica l'apparato statale con un determinato tipo di ordinamento giuridico; con l'ordinamento giuridico che chiama «relativamente accentrato» perché composto da norme che, lungi dal demandare le funzioni di creazione e di applicazione del diritto a tutti i membri della comunità, le concentrano in organi a tal fine appositamente istituiti (legislatore, giudici, amministratori). La nota distintiva delle norme che fanno parte di questo ordinamento è quella di «ricollegare» la sanzione all'illecito; più precisamente: la caratteristica delle norme giuridiche consiste nell'ottenere la condotta considerata socialmente utile mediante la minaccia di una misura di coercizione (sanzione) da applicarsi in caso di condotta contraria (illecito). Il legislatore non dice: «non rubare», ma «se rubi, sarai punito». Tale è la struttura della genuina regola di diritto. È dunque la sanzione, questo tipico atto coercitivo, che di una norma fa una norma giuridica[49]. Ecco perché l'ordinamento giuri-

[49] Questo modo di vedere però va incontro a due gravi difficoltà. Sostenere che la forza è l'oggetto specifico della regolamentazione giuridica significa elevare la coazione a contenuto delle regole di diritto. A rigore, dunque, non apparterrebbero al mondo del diritto le norme che difettano di un contenuto siffatto, che cioè sono sprovviste di sanzioni. Il legislatore si sarebbe cimentato in fantasiose esercitazioni letterarie quando, per esempio, senza predisporre castighi, ha imposto ai figli di «onorare e rispettare i genitori» (art. 315 c.c.), o quando ha comandato di osservare le norme del codice di procedura penale anche là dove «l'inosservanza non importi nullità o altre sanzioni particolari» (art. 154 c.p.p.). Per tacere poi del diritto pubblico e del nugolo di norme non sanzionate che organizzano i poteri dello Stato. E come? Tutto questo sarebbe indice di una vocazione letteraria malamente repressa? Eh! via; la verità è che sono giuridiche anche le norme senza sanzioni; ciò che decide della loro giuridicità non è il contenuto ma l'appartenenza all'ordinamento giuridico; il fatto, in buona sostanza, che esse vengano emanate dagli organi legittimati a farlo. Ha scritto Bobbio: «quando io mi pongo di fronte ad una norma singola e mi domando se sia o no una norma giuridica, il criterio della giuridicità non è certamente la sanzione ma l'appartenenza al sistema, ovvero la validità nel senso (...) di riferibilità di quella norma ad una delle fonti di produzione normative riconosciute come legittime» (*Teoria della norma giuridica*,

dico è un ordinamento coercitivo. E poiché, come si è detto, Kelsen risolve l'ordinamento giuridico nello Stato, ne conse-

Giappichelli, Torino 1958, pp. 207-208). Ma allora, che ne sarà mai della coercizione? Dobbiamo forse disconoscere la natura coercitiva del diritto? Niente di tutto questo, non è affatto necessario giungere a tanto: l'ordinamento giuridico rimane pur sempre un sistema coattivo: la maggior parte delle sue norme, infatti, preannuncia conseguenze spiacevoli in caso di violazione. La maggior parte però, non tutte: segno, allora, che la forza non è il contenuto specifico delle regole di diritto ma lo strumento grazie al quale la più parte di esse viene imposta ai recalcitranti.

Si aggiunga poi che non tutte le sanzioni coartano i devianti (sanzioni negative); ve ne sono altre che premiano gli osservanti (sanzioni positive). E benché Kelsen non abbia escluso le seconde, nondimeno ha concentrato la sua attenzione soltanto sulle prime. Ora, che il diritto si risolva in un sistema di punizioni e di castighi, è verità pacifica per lo Stato liberale classico, per lo Stato-guardiano che limita al mantenimento dell'ordine la sua funzione principale. Non è più verità pacifica per l'odierno Stato assistenziale, per lo Stato-imprenditore che non si cura più soltanto di reprimere gli atti socialmente nocivi, ma che del pari stimola quelli socialmente utili. Il primo diritto poteva nutrirsi di sole punizioni e castighi perché le azioni che venivano fatte oggetto di regolamentazione giuridica erano essenzialmente quelle perturbatrici dell'ordine, le azioni cattive. E ad un'azione cattiva, come si sa, si è soliti rispondere con l'azione in sé cattiva della punizione e del castigo. Il secondo diritto, invece, conferisce giuridica rilevanza anche alle «azioni buone». La nostra Costituzione, per fare solamente un esempio, «*incoraggia* e tutela il risparmio» (art. 47, comma primo); «*favorisce* l'accesso del risparmio popolare alla proprietà» (art. 47, comma secondo); «*promuove* e favorisce l'incremento della cooperazione» (art. 45, comma primo). Il risparmio, la proprietà, la cooperazione, sono considerate tutte azioni buone. Al nostro legislatore perciò non basta più la tecnica punitiva perché ad un'azione buona occorre rispondere con un'azione altrettanto buona. Un'azione buona va stimolata (si pensi alle agevolazioni creditizie) e, se compiuta, va ricompensata con un premio (si pensi agli sgravi fiscali). Di qui l'importanza che nel diritto dello Stato sociale acquistano i premi e le ricompense. E dunque, nella misura in cui si è passati dallo Stato liberale a quello assistenziale, alla funzione repressiva si è affiancata la funzione promozionale del diritto. Alle classiche sanzioni negative si aggiungono ora quelle positive cosicché la promessa di premi e di ricompense assume nell'odierna tecnica giuridica un'importanza *quasi* pari a quella avuta dalla tradizionale minaccia di castighi e punizioni. La visione «penalistica» del diritto che va da Hobbes giù giù fino a Kelsen, deve dunque essere rivista e aggiornata perché è unilaterale. Per tutto questo è fondamentale la raccolta di saggi di N. Bobbio, *Dalla struttura alla funzione*, Comunità, Milano 1977.

gue che lo Stato è un'associazione di dominio, un apparato coercitivo.

Ora, se è vero che «ogni dominio, ogni costrizione dell'uomo sull'uomo, viene esercitato non come scopo a sé, ma a causa di uno scopo estraneo, rispetto a cui dominio e costrizione sono presi in considerazione solo come mezzo», ne consegue che «il dominio chiamato *Stato* o *ordinamento giuridico* (...) non è caratterizzato dal suo scopo, ovvero, il che è lo stesso, dal suo contenuto». Esso è esclusivamente un «mezzo di tecnica sociale con cui possono essere perseguiti gli scopi più diversi»[50]. Lo Stato, dunque, è sì – come sostengono i marxisti – una «macchina coercitiva», non necessariamente però in funzione dello sfruttamento di una classe da parte di un'altra. Solo una troppo ardita generalizzazione può far rientrare lo sfruttamento economico nell'essenza dello Stato in generale. Non sempre e non in tutti i luoghi esso assume le fattezze di un «comitato d'affari della borghesia». Dovrebbe far riflettere il fatto che l'intervento statale nella sfera economica, vale a dire la proibizione o la prescrizione di comportamenti economici prima abbandonati al libero arbitrio, ha coinciso, se non con la soppressione, di certo con l'attenuazione del fenomeno dello sfruttamento; di quello sfruttamento che «nel libero gioco delle forze economiche si acuiva senza freni»[51]. Oggi, per esempio, a differenza dei primi anni dell'800, non troviamo bambini impiegati per quattordici ore e più nelle miniere o adibiti a lavori pesanti e pericolosi. La legislazione sociale ne fa divieto. E dunque, quanto più le relazioni sociali prima rientranti nell'ambito dell'*agere licere* sono state fatte oggetto di una regolamentazione giuridica positiva o negativa, tanto più efficace è divenuto il fenomeno dello sfruttamento. Con questo cosa si vuol dimostrare? Si vuol dimostrare che se è vero che possono esistere Stati il cui unico scopo è quello di «tenere con la forza la classe sfruttata nelle condizioni

[50] H. KELSEN, *Socialismo e Stato*, introduzione e a cura di Roberto Racinaro, De Donato, Bari 1978, p. 19.

[51] *Ibid.*, p. 20.

di oppressione» (Engels), è altrettanto vero che possono esistere, e di fatto esistono, Stati che si pongono esattamente l'obiettivo contrario, l'eliminazione dello sfruttamento; e comunque se realmente lo sfruttamento attecchisce soprattutto nella sfera «a-statale», è ovvio che solo lo Stato, soltanto un tale ordinamento costrittivo, è in grado di por fine a questa condizione di vessazione. D'altronde, la dittatura del proletariato non è forse etichettata come uno Stato da Marx ed Engels? E qual è il fine che a questo meccanismo coercitivo essi assegnano se non quello dell'abolizione di ogni forma di oppressione? Non è pertanto contraddittorio definire lo Stato come un meccanismo coercitivo per il mantenimento dello sfruttamento e al tempo stesso profetizzare l'avvento di un apparato costrittivo che si varrà della sua forza per sdradicare insieme con lo sfruttamento tutte le brutture del mondo capitalistico?

Come si vede, la stessa dottrina marxista, per l'uso che fa del concetto di Stato «mostra che l'ordinamento coercitivo chiamato Stato può servire scopi molto diversi ed opposti tra loro. Se è così, vuol dire che lo scopo non deve essere incluso in una definizione scientifica di questo fenomeno»[52]; definizione scientifica – è questa la conclusione kelseniana – che, «con l'unica eccezione del momento costrittivo, deve fare astrazione da ogni configurazione contenutistica dell'ordinamento coercitivo»[53]. Le norme giuridiche, cioè, possono ispirare il loro contenuto al liberalismo, al socialismo e a qualsiasi altro sistema di idee[54]; quel che in esse non potrà mai mancare è il collegamento della sanzione all'illecito. Insomma: variabile è il contenuto, invariabile invece è la struttura, la «forma» delle regole giuridiche. È

[52] H. KELSEN, *La teoria politica del bolscevismo e altri saggi*, cit., p. 55.

[53] H. KELSEN, *Socialismo e Stato*, cit., p. 21.

[54] Si tenga presente che qui si discorre dello Stato, dello Stato in generale, e non di quella sua particolare specificazione che è la democrazia. Ciò che vale in generale non necessariamente deve valere per il particolare. In fondo – come si argomenterà in seguito – è proprio questo l'errore di Kelsen: l'aver confuso l'uno con l'altro, o meglio l'aver esteso alla specie (lo Stato democratico) quel che appartiene solo al genere (lo Stato *tout court*).

ben per questo che solo quest'ultima può costituire l'oggetto di una indagine scientifica del diritto e dello Stato.

Il bello è che per i marxisti la struttura della norma giuridica non è affatto immutabile. L'elemento sanzionatorio, questo tratto qualificante della regola di diritto, non è per essi destinato a durare in eterno: ha ragione di esistere fin quando la società è divisa in classi e si fonda sullo sfruttamento del proletariato. A loro avviso, infatti, «la causa sociale fondamentale degli eccessi, che consistono nel violare le regole della vita, è lo sfruttamento delle masse, il loro bisogno e la loro miseria»[55].

Le violazioni dell'ordinamento giuridico, i turbamenti che giustificano la predisposizione di sanzioni per la punizione del reo, sono causati unicamente da un determinato assetto economico. Una volta che la perfetta società comunista avrà abolito con la proprietà privata la matrice di tutte le perversioni, non vi sarà più bisogno di comminare atti coercitivi: tutti obbediranno spontaneamente e con entusiasmo all'ordinamento di questa comunità. L'apparato costrittivo, lo Stato, potrà finalmente essere relegato nel posto che da quel momento gli spetta, «cioè nel museo delle antichità accanto alla rocca per filare e all'ascia di bronzo»[56]. La critica di Kelsen su questo punto è quanto di più lucido si possa immaginare. Egli contesta che lo Stato possa un giorno estinguersi. A suffragio della sua convinzione adduce degli argomenti degni della massima attenzione e che meritano di essere riportati per intero.

«La predizione che sarà posto in essere un tale ordinamento sociale (la società senza Stato e senza diritto) – ha scritto ne *La teoria comunista del diritto* – si basa su due assunti: primo, che la socializzazione dei mezzi di produzione aumenterà la produzione in misura tale che tutti i bisogni economici potranno essere completamente soddisfatti (...) e, secondo, che i turbamenti dell'ordinamento sociale sono causati solo da circostanze economi-

[55] V.I. LENIN, *Stato e rivoluzione*, Editori Riuniti, Roma 1972, p. 100.

[56] F. ENGELS, *L'origine della famiglia, della proprietà privata e dello Stato*, Editori Riuniti, Roma 1976, p. 204.

che e che se un ordinamento sociale garantisce la soddisfazione completa dei bisogni economici di tutti i membri della collettività, non saranno necessarie misure coercitive come reazione contro le violazioni di questo ordinamento. Ne l'uno né l'altro assunto hanno una base nella nostra esperienza sociale (...). L'aumento straordinario della produzione nella futura società comunista è tanto più improbabile in quanto secondo Marx vi sarà abolita la divisione del lavoro, uno dei mezzi più efficaci per accrescere la produzione sia qualitativamente che quantitativamente. Per quel che riguarda il secondo assunto, la psicologia criminale mostra che le condizioni economiche non sono le sole cause di turbamento di un ordinamento sociale, che il sesso e l'ambizione vi hanno un'importanza almeno altrettanto grande e possono averne una ancora maggiore quando siano eliminate le cause economiche»[57]. Infatti, è facile prevedere che quanto più il «problema della pancia» nella futura società comunista sarà risolto, quanto più si libererà energia «per dei problemi cui oggi essa è sottratta dalla lotta contro la necessità economica»[58], tanto maggiormente si avvertiranno bisogni di natura extraeconomici: «bisogni derivanti dal desiderio di prestigio, dalla libido e – non da ultimo – dal sentimento religioso»[59]. E il desiderio di prestigio, la libido, il sentimento religioso non sono forse fattori eversivi al pari della fame e della sete? Non rischiano anch'essi di indurre l'individuo a violare l'ordinamento giuridico? Ecco perché – conclude Kelsen – solo chi riduce l'uomo ad una sola dimensione, quella economica, «solo chi identifica la società con l'economia può non vedere i grandi pericoli che minacciano un ordinamento sociale da questa direzione»[60].

E ancora: i padri fondatori del marxismo non hanno forse sostenuto la necessità di intervallare il passaggio dal «regno della

[57] H. KELSEN, *La teoria comunista del diritto*, SugarCo, Milano 1981, pp. 58-59.

[58] H. KELSEN, *Socialismo e Stato*, cit., p. 99.

[59] H. KELSEN, *La teoria politica del bolscevismo e altri saggi*, cit., p. 107.

[60] *Ibid.*

necessità» a quello della «libertà» con la statizzazione integrale della vita economica? Non hanno forse individuato nell'appropriazione statale dei mezzi di produzione la *conditio sine qua non* per l'avvento della società dell'avvenire? E allora – per dirla con Kelsen – «non è più che paradossale il fatto che lo Stato, che nella sua trasformazione dell'apparato costrittivo borghese in quello proletario aumenta in maniera insospettata quanto a potenza e competenza, proprio nell'istante in cui raggiunge l'apice di questo sviluppo, debba scomparire, dissolversi misteriosamente?»[61]. Dallo statalismo totale estrarre l'anarchismo totale, dalla costrizione assoluta la libertà assoluta: è questo quel che la magia marxistica pretende di fare. Eppure nonostante tutto – si potrebbe obiettare con Engels – lo Stato non è esistito fin dall'eternità. Vi sono state società, come quelle delle *gentes*, che ne hanno fatto a meno, che non avevano alcuna idea dello Stato e del potere statale. Nulla dunque esclude che questa condizione ideale dell'umanità, per il fatto stesso che sia già venuta ad esistenza, possa nuovamente verificarsi – sia pure arricchita di nuovi contenuti – e permetta così di espungere il momento della coercizione dall'organizzazione sociale. Questa, però, è una posizione insostenibile. Se per Stato s'intende un ordinamento giuridico relativamente accentrato, è indubbio che le *gentes* non abbiano disposto di un apparato statale. Mancavano infatti organi speciali per la creazione e l'applicazione del diritto. E, tuttavia, di qui a negare ad un tale ordinamento il carattere della giuridicità ne passa. E ne passa perché giuridici, e quindi costrittivi, sono anche gli ordinamenti radicalmente decentrati, i sistemi di norme cioè che rimettono a tutti i membri della comunità, e non soltanto ad alcuni di essi, quelle che sono le funzioni tipiche del diritto: l'elaborazione della legge, ma soprattutto l'accertamento dell'illecito e l'esecuzione della sanzione.

La forma più caratteristica di questa particolare tecnica giuridica è la vendetta del sangue, istituto che non a caso ha caratterizzato la società idealizzata da Engels. In forza di tale istituto,

[61] H. KELSEN, *Socialismo e Stato*, cit., p. 49.

«i parenti della persona uccisa, i familiari colpiti, debbono decidere essi stessi se debba venir intrapresa un'azione di vendetta e, in caso affermativo, contro chi debbano procedere. Ciò nonostante – spiega Kelsen per dimostrare la natura giuridica dell'ordinamento primitivo – in una comunità primitiva, l'uomo che vendica l'omicidio di suo padre su colui che ritenga esserne l'omicida non è considerato egli stesso un omicida, ma un organo della comunità. Con questo atto medesimo egli esegue infatti un dovere giuridico, una norma dell'ordinamento sociale che costituisce la comunità. È proprio questa norma che autorizza lui, e lui solo, ad uccidere il sospetto omicida in date circostanze, e solo in date circostanze»[62]. Nelle antiche società gentilizie, perciò, non mancarono affatto le norme giuridiche, allo stesso modo come non mancarono le relative infrazioni; la repressione di queste ultime però, a differenza che nei moderni apparati statali, non era ufficio di organi a ciò appositamente adibiti; esse infatti venivano accertate ed eventualmente sanzionate dallo stesso individuo i cui interessi, giuridicamente protetti, erano stati violati. Vigeva, insomma, il principio di autotutela: ciascuno si doveva fare giustizia da sé.

È dunque al principio di autotutela, o più precisamente al decentramento nell'uso della forza che i marxisti fanno riferimento quando parlano di «estinzione dello Stato»? Se si deve prestar fede alle parole di Lenin, la risposta non può che essere positiva. «Non siamo utopisti – ha scritto il *leader* bolscevico con riferimento alla società comunista – e non neghiamo la possibilità e l'inevitabilità di eccessi da parte di singoli individui, né neghiamo la necessità di reprimere tali eccessi. Ma (...) per fare ciò non occorre una macchina speciale, un apparato speciale di repressione: *ciò può essere fatto dallo stesso popolo in armi*, con la stessa semplicità e prontezza con cui qualsiasi folla di persone civili, anche nella società moderna, separa due litiganti o impedisce che si faccia violenza ad una donna»[63].

[62] H. KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, cit., p. 343.
[63] V.I. LENIN, *Stato e rivoluzione*, cit. p. 100.

Come si vede, quello che è un legittimo motivo di vanto delle moderne società civili, l'ordinata e razionale amministrazione della giustizia per mezzo di tribunali e funzionari amministrativi, si converte, nell'impostazione leniniana, in un orpello borghese da abbandonare quanto prima e senza rimpianto alcuno. Ad essa dovrà subentrare la giustizia del «popolo armato», l'onnipotente giurisdizione dell'intera comunità. Se questa è la condizione finale dell'umanità auspicata dai marxisti, se tale dovrà essere l'Eden del futuro cittadino comunista, viene seriamente voglia di ripetere con Paul Claudel: «Quando l'uomo tenta di immaginare il Paradiso in terra, il risultato immediato è un molto rispettabile inferno». Come si fa a non intuire che una società fondata esclusivamente sulla sanzione del gruppo sociale è quanto di più terribile si possa immaginare? Se la reazione all'illecito viene affidata al gruppo impersonalmente, essa non è guidata da regole precise. Ed è per questo – come ha chiaramente spiegato Bobbio – che «è più facile sfuggire ad essa che non ad una sanzione regolata ed affidata ad organi istituzionali del gruppo. Comportamenti di ipocrisia sono funzionalmente rivolti a sfuggire a sanzioni sociali; sono il naturale prodotto dell'esteriorità e dell'inorganicità. In questo caso le sanzioni peccano per difetto. In secondo luogo, proprio a causa dell'immediatezza e dell'inorganicità della reazione, la risposta non è sempre eguale per gli stessi tipi di violazione, ma è dipendente dagli umori del gruppo che sono variabili: alla stessa azione il gruppo può reagire diversamente per circostanze che non hanno niente a che vedere con la gravità sociale dell'azione. Infine, la risposta può essere sproporzionata alla gravità della violazione: affidata com'è alla reazione immediata e non diretta, essa può esprimere sentimenti che un comportamento controllato e riflesso sarebbe in grado di reprimere. Un esempio tipico di questa sproporzione è il linciaggio»[64].

In una società di questo tipo è la folla anonima che domina incontrastata, che schiaccia le singole personalità risolvendole e

[64] N. Bobbio, *Teoria della norma giuridica*, cit., pp. 195-196.

dissolvendole nel suo seno. Altro che certezza del diritto! Altro che protezione del singolo contro gli abusi dei suoi simili! E allora: se è indubbio che la posizione di chi è lasciato in balìa della comunità è altrettanto infelice di quella di chi vive soggetto agli umori di un tiranno, che razza di «terra promessa» è quella pensata dai profeti marxisti? No: dopo il naufragio delle previsioni «scientifiche», nemmeno l'aspetto più palesemente utopico dell'ideologia marxiana merita di essere recuperato. La sottomissione dell'individuo al furore repressivo della folla è cosa che alletta gli *ayatollah* iraniani, non certo le coscienze laiche che fanno tesoro della lezione di Kelsen.

In cammino verso la democrazia reale: la legge dell'oligarchia

Chiusa la parentesi sul marxismo, torniamo alla concezione kelseniana della democrazia. Abbiamo visto come Kelsen escluda che le norme giuridiche possano muovere dalla volontà unanime e spiega le ragioni per cui esse, invece, derivano dalle decisioni della maggioranza. Ora però bisogna chiedersi: le cose stanno realmente così? Nelle democrazie «reali» veramente governa la maggioranza della popolazione? La risposta di Kelsen è decisamente negativa. Per l'intanto – egli fa notare – è già poco corretto discorrere di «maggioranza della popolazione». Una tale locuzione lascia erroneamente supporre che la maggioranza sia conteggiata tenendo conto dei suffragi espressi dall'intera popolazione, e che pertanto l'intera popolazione fruisca dei diritti politici, che cioè *tutti* abbiano la facoltà giuridica di partecipare al processo decisionale. E invece sappiamo che da tale processo sono esclusi, per fare solo un esempio, i minori e gli infermi di mente. «Il popolo – scrive Kelsen – come insieme dei titolari dei diritti politici (...) rappresenta soltanto una *piccola frazione* della cerchia degli individui sottoposti all'ordine statale»[65]. In

[65] H. KELSEN, *Essenza e valore della democrazia*, cit., p. 53.

secondo luogo, non tutti gli aventi diritto al voto si recano alle urne; molti si disinteressano delle vicende politiche e si astengono dal farlo. E, come se non bastasse, bisogna operare una ulteriore distinzione tra gli stessi cittadini che esercitano effettivamente i diritti politici. Infatti, poiché la maggioranza che fa da sostrato all'idea democratica è – come precisa Kelsen – la «maggioranza che comanda», la maggioranza cioè che delibera in piena autonomia di giudizio, nell'ambito degli elettori occorre allora distinguere tra coloro che come massa anonima ed apatica si lasciano guidare dall'influsso degli altri, e i «pochi che intervengono realmente con una decisione personale»[66].

Il fatto però è che nelle moderne società democratiche questa sparuta minoranza di elettori critici e consapevoli ha scarso peso politico. Gli individui isolati – fa notare Kelsen – «non hanno politicamente alcuna esistenza reale, non potendo esercitare alcun reale influsso sulla formazione della volontà dello Stato»[67]. Occorre dunque che essi si associno secondo le loro affinità politiche in partiti. Ecco perché Kelsen scrive che «la democrazia moderna si fonda interamente sui partiti politici»[68]. Ma la stessa vita dei partiti – egli si affretta ad aggiungere – «offre all'individuo un'autonomia democratica assai scarsa»[69]. Nei partiti, infatti, regna sovrana la legge dell'oligarchia ed è proprio questa ferrea legge che conferisce al meccanismo di formazione della volontà partitica uno spiccato carattere aristo-autocratico. È vero allora che la democrazia si fonda sui partiti politici, ma i partiti sono guidati da oligarchie. Queste minoranze, poi, cercano l'appoggio della maggioranza elettorale che, a sua volta, non è che una minoranza dell'intera popolazione. È ben per questo – come si avvertiva in precedenza – che in nessun regime democratico il potere è nelle mani della maggioranza. Il potere – come è stato egregiamente detto – è nelle mani di quel partito,

[66] *Ibid.*, p. 55.
[67] *Ibid.*, p. 56.
[68] *Ibid.*, p. 55.
[69] *Ibid.*, p. 64.

o il che è lo stesso, nelle mani di quell'oligarchia che «per il momento è sostenuta dai voti della maggioranza degli elettori, e questa maggioranza non è la maggioranza di tutta la popolazione ma solo di quella parte di essa che si interessa di politica almeno per quel tanto da partecipare alle elezioni»[70]. Il potere, in buona sostanza, è prerogativa della minoranza (l'oligarchia partitica) che viene espressa da un'altra minoranza (il corpo elettorale). Al riguardo le parole di Kelsen sono di una chiarezza esemplare: «è ben più di una semplice iperbole retorica – egli scrive – la nota affermazione di Rousseau secondo la quale non sarebbe mai esistita e non potrebbe, d'altronde, mai esistere democrazia nel senso vero e proprio della parola, poiché sarebbe contro l'ordine delle cose che il maggior numero governasse e il minor numero fosse governato»[71].

Dunque, la democrazia intesa come governo della maggioranza non è che una pia illusione, un mito. Così come mitica è per Kelsen la concezione dell'onnipotente capo che, solitario, si libra al di sopra della comunità per illuminarla e dirigerla. «Si deve ritenere – egli afferma – che anche nella più dichiarata delle autocrazie il monarca si veda costretto a chiamare al suo fianco *un gruppo di persone* che (...) svolga un'attività di preparazione, discussione e consulenza in ordine alle disposizioni che vengono emanate in suo nome»[72]. Anche nei regimi autocratici, dunque, l'autocrate non può fare tutto da sé. E così Kelsen prosegue: «come in una grande comunità il popolo come tale non è in grado di produrre la volontà collettiva, così non è in grado di farlo il monarca da solo e ciò in parte per le stesse ragioni: mancanza di conoscenze e competenze, paura della responsabilità»[73]. Né «l'uno» né «i molti», né l'autocrate né il popolo possono perciò vedere assicurate nelle loro mani le redini del

[70] G. SALVEMINI, *Le origini del fascismo in Italia. Lezioni di Harvard*, Feltrinelli, Milano 1975, p. 63.

[71] H. KELSEN, *Essenza e valore della democrazia*, cit., p. 65.

[72] H. KELSEN, *Il primato del Parlamento*, cit., p. 12.

[73] *Ibid.*

governo della società. Il potere è, e non può non essere, che esercizio di «pochi», di poche dozzine di persone. Per farla breve: non appena le collettività raggiungono certe dimensioni e superano certi livelli di civiltà, le loro forme di governo tendono ad avvicinarsi, tutte assumendo le sembianze dell'oligarchia. Attenzione, però: se è vero che il dominio oligarchico è un dato insopprimibile di qualsivoglia realtà politica, è parimenti vero che il *genus* oligarchia è comprensivo di una pluralità di specie che non è affatto lecito assimilare tra loro. Posto che, di fatto, il conflitto non intercorre tra società senza capi e società con un solo capo (tutte le società – lo ripetiamo – sono guidate da un pugno di oligarchi), bisogna pur chiedersi come questi stessi capi sono creati, in forza di cosa cioè essi addivengono alle posizioni di comando. E, per Kelsen, è proprio il metodo di selezione dei capi il criterio che consente di tracciare una nitida linea di demarcazione tra i vari reggimenti politici.

L'elezione dei capi e il Parlamento

Il metodo di scelta dei capi proprio dell'autocrazia è la nomina, quello caratteristico della democrazia è l'elezione. Arriviamo così all'elezione e a ciò che dell'elezione è l'espressione più immediata: il Parlamento. Il quale Parlamento spinge assai innanzi la marcia di avvicinamento alla democrazia reale. E poiché l'approssimarsi alla democrazia reale implica l'allontanamento dalla democrazia ideale, ne deriva che proprio il Parlamento segna un distacco notevole dall'ideale democratico della libertà. Tanto notevole che volgendosi indietro può capitare di non distinguerlo quasi più, come se i suoi contorni sfumassero in una nebulosa evanescente. Non a caso Kelsen si chiede cosa rimanga di questo principio e delle sue primitive fattezze, e addirittura «come una tale straordinaria scissione tra ideologia e realtà sia possibile a lungo andare (...). Si potrebbe credere – egli aggiunge – che la particolare funzione dell'ideologia democratica sia

quella di mantenere l'illusione della libertà»[74]. L'illusione. Dunque siamo a questo: che della libertà non rimane nulla se non una chimera inconsistente, l'inconsistenza vaporosa del miraggio. È veramente così? Ha ragione Kelsen di abbandonarsi a tanto sconforto? Sì e no.

Sì, perché effettivamente il Parlamento depotenzia il concetto di libertà, privandolo una volta di più della sua «forza originaria»[75]; no, per come Kelsen concepisce la rappresentanza parlamentare, che è diversa da come egli se l'immagina. Ma procediamo con ordine.

Come sappiamo, l'idea di libertà, la libertà ideale mal si concilia con le esigenze sociali. In forza di tali esigenze, il postulato dell'unanimità (il solo che sia perfettamente consono alla libertà «pura») si volge in principio di maggioranza e per di più in maggioranza assoluta e non qualificata. Donde una prima limitazione della libertà democratica. La seconda restrizione le deriva da un bisogno egualmente ineludibile della vita collettiva, quello della divisione del lavoro che è la premessa di ogni sviluppo evolutivo. Attenzione, di ogni sviluppo: tecnico, economico e anche politico. Sì, anche politico. Per poco che si evolva, non c'è società che demandi le funzioni di governo all'assemblea popolare; e per converso, nessuna manca di trasferirle ad organi particolari il cui ufficio è di assolvere i compiti politici liberando la collettività da tali impegni e dandole modo così di trasfondere la sua laboriosità in incombenze di altra natura. Dalle quali essa non intende venir distratta se non momentaneamente e il meno possibile. Di qui il sistema rappresentativo. «Il sistema rappresentativo – spiegava a suo tempo Benjamin Constant – non è altro che un'organizzazione attraverso la quale una nazione affida ad alcuni individui ciò che essa non può o non vuole fare da sé»[76]. Si badi: non può o *non vuole* fare da sé. Il Par-

[74] H. KELSEN, *Sociologia della democrazia*, cit., p. 33.

[75] H. KELSEN, *Essenza e valore della democrazia*, cit., p. 68.

[76] B. CONSTANT, *Della libertà degli antichi paragonata a quella dei moderni*, in *Principi di politica*, Editori Riuniti, Roma 1970, p. 236.

lamento, dunque, non ritrae la sua esistenza da ragioni soltanto «tecniche» (come quelle cui si accennava sopra); vi è anche un altro motivo che ne rende preziosi i servigi. Ed è la consonanza spirituale che esso assicura, l'aderenza cioè alle abitudini, alle cognizioni e agli stili di vita dominanti. Che sono profondamente cambiati rispetto all'antichità. Né poteva essere diversamente. Perché oltre due millenni – tanto è trascorso dalla polis – non passano invano; producono strepitose modifiche negli uomini, nei loro pensieri e nelle loro attitudini. E non ultimo nel loro modo di concepire la politica. Che oggi non è più l'unico movente né più l'unico scopo dell'attività umana. La più parte dei singoli ha trasferito altrove i suoi interessi. Ed ecco perché, se anche potessero, se anche fosse tecnicamente possibile, difficilmente essi accetterebbero di consacrare l'intera esistenza alla competizione politica; riuscirebbe loro estremamente penoso dedicare ogni giorno, ogni ora della loro vita all'esercizio dei diritti politici e alla discussione degli affari di Stato. Occupati come sono in altre imprese, intenti a promuovere il tornaconto individuale, mossi dalla lusinga di beni prima neppure immaginabili, essi reclamano il tempo e l'agio per coltivare i loro godimenti domestici. In tal senso, il colpo decisivo all'ipertrofia politica degli antichi l'ha inferto lo spirito imprenditoriale, l'iniziativa privata, in una parola sola il commercio. È il commercio che in Occidente ha svèlto la mala pianta della miseria; è esso che ha diffuso il benessere materiale tra gli uomini; è l'attività commerciale che, prospettando anche al più oscuro cittadino la possibilità di una vita più agiata, attrae a sé le energie che prima fluivano nell'agone politico. O meglio, parte delle energie che prima sostenevano la vita pubblica. Perché questa comunque viene percorsa da un flusso ininterrotto di vitalità. Solo che ad alimentarlo non è più l'intera collettività; sono in pochi a provvedervi, quei pochi che grazie alla divisione del lavoro si specializzano nella politica vivendo di essa e per essa.

Quali che contino di più, le ragioni tecniche o i motivi «spirituali», in ogni caso – come scrive Kelsen – non è possibile «accettare la forma primitiva della democrazia rinunciando ai

vantaggi della divisione del lavoro». Senonché, egli aggiunge, la divisione del lavoro è «in contraddizione con il carattere fondamentale dell'idea democratica di libertà. Poiché in base a questa, tutta la volontà statale in tutte le sue molteplici manifestazioni dovrebbe emanare dall'assemblea di tutti cittadini»[77], ne segue

[77] H. KELSEN, *Il problema del parlamentarismo*, cit., p. 150. Secondo l'ideale della libertà, dunque, *tutte* le manifestazioni della volontà statale andrebbero organizzate democraticamente. Tutte, proprio tutte. Non solo la legislazione, quindi, ma anche l'amministrazione e la giurisdizione dovrebbero svolgersi all'insegna dell'autogoverno. Di fatto però è inevitabile che la burocrazia si avanzi sul proscenio dello Stato democratico. Come sovente avviene, anche qui gli estremi si toccano e la burocrazia – questo apparato a struttura gerarchica e non egualitaria, a potere discendente e non ascendente – proprio la burocrazia che di per sé è la smentita più clamorosa dell'ideale democratico, proprio essa, dunque, è indispensabile al buon governo democratico. Il perché lo spiega Kelsen in una pagina estremamente chiara: «Potrebbe sembrare che l'ideale di democrazia trovi la sua attuazione più perfetta allorché non solo la legislazione ma anche l'esecuzione (amministrazione e giurisdizione) sia completamente democratizzata. Un esame più approfondito mostra tuttavia che ciò non è necessariamente così. Poiché l'esecuzione è, per definizione, esecuzione di leggi, l'organizzazione del potere esecutivo deve garantire la legalità dell'esecuzione. La funzione amministrativa e quella giurisdizionale devono conformarsi il più possibile alle leggi emanate dall'organo legislativo. Se la legislazione è democratica, se cioè essa esprime la volontà del popolo, la esecuzione è dunque tanto più democratica quanto più corrispondente al postulato di legalità. La legalità o lealtà dell'esecuzione, tuttavia, non è necessariamente garantita meglio da un'organizzazione democratica. Ad illustrare tale asserzione – continua Kelsen – può servire il seguente esempio. Supponiamo che il territorio di uno Stato sia diviso in distretti, e che l'amministrazione di ciascun distretto sia affidata ad un corpo locale eletto dai cittadini del distretto. Se l'amministrazione fosse affidata interamente alla discrezionalità di tali corpi, tale amministrazione sarebbe perfettamente democratica. Ma se i corpi amministrativi fossero vincolati da leggi emanate da un parlamento centrale, in una simile organizzazione la legalità dell'amministrazione potrebbe essere in qualche modo posta in pericolo. Il partito che ha la maggioranza in parlamento può essere benissimo in minoranza in uno dei corpi locali, e viceversa. Un corpo locale in cui sia in maggioranza la minoranza parlamentare potrebbe essere incline a non tener conto o ad applicare meno coscienziosamente le leggi approvate dal parlamento contro i voti della minoranza. Una delle garanzie più efficaci della legalità di una funzione è la responsabilità personale dell'organo. L'esperienza dimostra che è più facile imporre una tale responsa-

che «il trasferimento di una qualsiasi funzione dello Stato ad un organo che non sia il popolo stesso, importa necessariamente una limitazione della libertà»[78].

La rappresentanza parlamentare: una «crassa» finzione?

Si dirà: ma è davvero insormontabile questo limite? Dopotutto chi elegge i parlamentari? Siamo noi; siamo noi che al momento del voto trasmettiamo loro le decisioni che più ci talentano. E delle quali essi sono gli scrupolosi latori, i nunzi fedeli che amplificano, sì, le risonanze della nostra volontà, ma giammai ne tradiscono il contenuto. Ecco: basta immaginarli così, come altrettanti messaggeri fedeli, e come per incanto i parlamentari, nonché onorarne gli imperativi, celebrano addirittura il trionfo della libertà democratica.

Già: come per incanto. E infatti soltanto una mente incantata può lasciarsi avvincere da un'argomentazione così candida e trasognata. Che si può capire ma non giustificare. E che peraltro si può capire solo fino ad un certo punto della storia istituzionale, fino a quando cioè il Parlamento non smantellò del tutto la roccaforte dell'assolutismo monarchico. Fino ad allora, finché dovette fronteggiare un diverso principio di organizzazione politica, riusciva semplicemente ozioso interrogarsi sulla sua reale rappresentatività. «Finché il Parlamento eletto dal popolo dove-

bilità nel caso di organi individuali che non in quello di organi collegiali. Per salvaguardare la legalità dell'amministrazione può pertanto essere consigliabile affidarla ad organi individuali, nominati dal capo elettivo dello Stato e personalmente responsabili di fronte a lui. La legalità è talvolta meglio assicurata in un'organizzazione dell'amministrazione relativamente autocratica che non in una radicalmente democratica. E quando la legislazione è democratica – conclude Kelsen – è pure democratico il miglior metodo di garantire la legalità della esecuzione» (*Teoria generale del diritto e dello Stato*, cit., pp. 304-305).

[78] H. Kelsen, *Il problema del parlamentarismo*, cit., p. 150.

va essere considerato come il massimo di ciò che politicamente si poteva strappare al monarca prima assoluto, era senza senso criticarlo chiedendosi se esso rappresentasse realmente la volontà del popolo»[79]. E anzi, ingenerando la convinzione che i cittadini si autodeterminassero nel e col Parlamento, esso ha quietato l'aspirazione principe degli animi democratici, l'anelito che – se non appagato – avrebbe prodotto un'insoddisfazione permanente alla quale solo la democrazia diretta avrebbe potuto far fronte. Con buona pace, quindi, della divisione del lavoro e del progresso sociale. «Facendo credere *ideologicamente* che la grande massa del popolo si autodeterminasse politicamente nel parlamento eletto – riconosce Kelsen – si è impedito una sovratensione eccessiva dell'idea democratica nella realtà politica, sovratensione che non sarebbe stata priva di rischi per il progresso sociale, essendo necessariamente legata con una innaturale primitivizzazione della tecnica politica»[80]. Ma come si compiace di spiegare la funzione di questa ideologia e le ragioni del fascino che essa ha esercitato sull'immaginazione umana, così, con pari equanimità, Kelsen avverte che appunto di ideologia si tratta, e dunque di una convinzione che manca del conforto dei fatti. Il cui insegnamento diventa inequivoco non appena il principio parlamentare sbaraglia le ultime difese oppostegli dalla monarchia assoluta. All'indomani stesso della sua vittoria, quando non c'è più resistenza da spezzare né più sbarramento da travolgere, quando dunque *sine ira et studio* si può analizzarne il funzionamento, proprio allora matura il sospetto che il Parlamento sia qualcos'altro che non lo specchio fedele della volontà popolare; e così pian piano si prende atto che «la volontà statale che si forma attraverso il parlamento non è affatto la volontà del popolo»[81]; ed è solo per via di un abuso terminologico, di una finzione, anzi – come scrive Kelsen – di una «crassa finzione», solo in virtù di un grossolano artificio si possono

[79] H. Kelsen, *Essenza e valore della democrazia*, cit., p. 71.
[80] H. Kelsen, *Sociologia della democrazia*, cit., pp. 29-30.
[81] H. Kelsen, *Essenza e valore della democrazia*, cit., p. 71.

accreditare come «rappresentanti» popolari i candidati riusciti vincitori dalle urne. E infatti, avverte Kelsen, «per stabilire un vero rapporto di rappresentanza non basta che il rappresentante sia eletto dal rappresentato. È necessario che il rappresentante sia giuridicamente obbligato ad eseguire la volontà del rappresentato e che l'adempimento di questo obbligo sia giuridicamente garantito. La garanzia tipica è il potere del rappresentato di revocare il rappresentante nel caso che l'attività di quest'ultimo non si conformi ai desideri del primo»[82].

Ora, si dà il caso che – salvo rarissime eccezioni[83] – nessuna Costituzione democratica conosce il potere di revoca, e anzi proprio per averlo ricusato, il Parlamento moderno ha assunto quei tratti caratteristici che non consentono di assimilarlo più alle vecchie assemblee di stati i cui membri – essi sì – erano vincolati ai mandati imperativi dei loro elettori e dunque giuridicamente responsabili verso di essi. Qui e soltanto qui opera la «vera» rappresentanza. Non altrove. Altrove è un inganno, o come scrive Kelsen, è un'illusione, l'illusione che il legislatore «sia il popolo nonostante il fatto che in realtà la funzione del popolo sia limitata alla creazione dell'organo legislativo»[84]. Ecco perché, a suo avviso, il Parlamento disattende ad un tempo il criterio della sovranità popolare e il principio della libertà. Non è dunque invocando l'uno o l'altra che se ne penetra l'essenza. Per decifrarne la natura, bisogna pensarlo alle prese con una mansione diversa dall'ufficio di rappresentanza; che è quella di predisporre lo strumento, «l'apparecchio» come Kelsen lo battezza, grazie al quale gli elettori designano i loro dirigenti e li titolano all'esercizio del potere sovrano. In questo senso, esso è

[82] H. KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, cit., p. 295.

[83] Una di queste eccezioni è data dalla Costituzione della California, che all'art. XXIII, sez.1, stabilisce quanto segue: «Ogni pubblico ufficiale elettivo dello Stato di California può essere rimosso dal suo ufficio in qualsiasi momento dagli elettori aventi la facoltà di eleggere un successore a tale pubblico ufficiale, mediante il procedimento e nel modo qui previsti, procedimento che andrà sotto il nome di revoca...».

[84] H. KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, cit., p. 296.

soltanto un mezzo, «il mezzo specifico (...) per la creazione dell'ordine dello Stato»[85]. Tutto qui.

Rappresentanza giuridica e rappresentanza politica

Davvero tutto qui? Il fatto è che i mezzi sono il fine in divenire, e, quando proprio non li anticipano, certo condizionano i risultati. I quali, perciò, ne recano indelebile l'impronta. Insomma: tale la natura dei mezzi, tale la natura dei fini. Orbene, se veramente di «mezzo specifico» si tratta, Kelsen, forse, non ha riflettuto a fondo sui tratti originali, sulle specificità appunto, dell'elezione parlamentare. Se lo avesse fatto, si sarebbe accorto che i governanti democratici si dirigono in un modo anziché in un altro, comandano così e non altrimenti, proprio perché vengono eletti e non nominati. Quando perciò ripetiamo con Kelsen che le elezioni sono soltanto uno «strumento» di designazione dei capi, trascuriamo l'essenziale. Dimentichiamo cioè che in tanto questi capi non si concedono agli istinti più feroci della bestialità umana, in tanto risparmiano ai sottoposti lo strazio della rapina e dell'umiliazione, in quanto rammentano che se sono stati eletti una volta potrebbero non esserlo più e proprio come conseguenza delle loro mascalzonate. «Questo – come sottolinea Sartori – fa tutta la differenza, perché chi detiene il potere di confermare o no, a determinate scadenze, un dirigente, mantiene un potere continuo su di lui»[86]. Che appunto perciò rimane un suo rappresentante. Definirlo tale, dunque, non è abusare del linguaggio né indulgere a fioriture retoriche. In democrazia, il rappresentante è sicuramente qualcosa di meno che il mandatario del diritto privato; ma altrettanto sicuramente è qualcosa di più che l'ingannevole simulacro descritto da Kelsen. E Sartori ha ragione di ricordare che «se la finzione della rap-

[85] H. KELSEN, *Essenza e valore della democrazia*, cit., p. 72.
[86] G. SARTORI, *Elementi di teoria politica*, cit., p. 298.

presentanza appare a Kelsen e a molti altri, una finzione-inganno, una finzione-ideologia, è perché lui come il grosso dei giuristi rifiuta di seguire gli effetti dei meccanismi elettorali oltre l'attimo nel quale il cittadino-elettore vota per questo o quello (...) [dire che] un organo elettivo non è un organo rappresentativo dipende dalla premessa: le elezioni sono *soltanto* un modo per creare dei governanti. Un'asserzione indisputabile se ci limitiamo a considerare quello che dice; ma il cui vero portato è in quello che implicitamente esclude: che le elezioni non sono altro». E invece, conclude Sartori, «se ci interessiamo al sistema elettivo è perché quel sistema è rilevante ai fini del modo di comandare»[87].

Ben detto. Solo che Kelsen, forse, meritava un trattamento meno severo. Non perché egli abbia rivisto il concetto di rappresentanza. Questo no. Ma nella sua opera, proprio qui, ci sono tutti gli elementi che avrebbero potuto suggerirgli un tale ripensamento: sparse a destra e a manca, e in forma alquanto rapsodica, pure Kelsen aveva individuato con precisione gli effetti che in ordine all'esercizio del potere derivano, rispettivamente, dalla nomina e dall'elezione. Epperò mancò di trarne le dovute conseguenze. Né poteva farlo finché queste osservazioni rimasero disseminate tra le sue pagine, come tasselli di un mosaico ancora tutto da comporre. Se le avesse riunite, e per così dire incolonnate le une alle altre, il risultato gli sarebbe venuto fuori da sé, quasi spontaneamente. Proviamoci noi, dunque, a ricondurle ad unità. Chissà che non ne derivi un quadro altamente realistico della moderna democrazia; così realistico da competere con le stesse teorie dell'elitismo democratico.

Elezione e nomina: le loro conseguenze

«La differenza tra la nomina e l'elezione – spiega Kelsen – sta nel carattere e nella posizione dell'organo che crea. Un or-

[87] *Ibid.*, pp. 297-298.

gano viene nominato da un organo individuale superiore. Esso invece viene eletto da un organo collegiale composto di individui i quali sono giuridicamente subordinati all'organo eletto. Un organo è superiore a un altro se ha la capacità di creare norme obbligatorie per il secondo»[88].

Mediante l'elezione democratica è la stessa comunità sociale ad indicare chi dovrà dirigerla; con la nomina invece è l'autocrate che designa il successore e lo impone alla collettività. E dunque, mentre in democrazia il flusso dell'autorità si trasmette dal basso verso l'alto, nell'autocrazia avviene precisamente il contrario; lì assistiamo ad un movimento ascendente, qui ad uno discendente; lì il capo viene proposto dalla collettività, qui viene imposto ad essa; lì il capo è immanente, qui è trascendente alla collettività. E in quanto trascendente, il capo appare come un essere di natura superiore; egli assume le fattezze di una creatura numinosa, avvolta da una luce, ad un tempo, terrificante e affascinante, al pari di quella che circonfonde la divinità; e proprio come una divinità la sua origine risulta inintellegibile alla conoscenza dei comuni mortali. «Nel sistema dell'ideologia autocratica – scrive Kelsen – le questioni dell'origine, della designazione, della creazione del capo, non sono questioni lecite che si possono porre o anche risolvere mediante la conoscenza razionale. La direzione esercitata dai capi rappresenta un valore assoluto che si esprime nella divinizzazione del capo (...). Il sistema autocratico non conosce alcun metodo di creazione dei capi, ma stende sul più importante problema della politica quel velo mistico-religioso che cela al volgo profano la nascita dell'eroe divino. Ciò vuol dire, in realtà, abbandonare alla sorte della violenza la soluzione della questione (...) di chi debba essere capo e di come lo si diventi»[89]. Inoltre, fa notare Kelsen, il capo che trascende la comunità sociale non è tenuto a rispondere dinanzi ad essa di nessuna sua azione. Si risponde al superiore o al proprio pari, non certo all'inferiore. Di qui l'irrespon-

[88] H. KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, cit., pp. 199-200.
[89] H. KELSEN, *Essenza e valore della democrazia*, cit., pp. 127-129.

sabilità dei capi tipica dell'autocrazia. Quando invece i governanti sono «titolati nel seno stesso dei governati al rango di capi»[90], evidentemente essi non possono più accampare alcuna pretesa di superiorità: la loro natura è perfettamente identica a quella di chi li ha espressi. Il capo è investito del potere dai suoi simili. In democrazia, dunque, il rapporto fra dirigenti e diretti è pur sempre un rapporto tra eguali, ed è per l'appunto tra eguali che si fa valere il principio di responsabilità. Ecco perché Kelsen afferma che «la responsabilità del capo è un contrassegno specifico della democrazia reale»[91].

Responsabilità e pubblicità

La democrazia, dunque, implica la responsabilità dei capi. Ma cosa postula questa responsabilità? La risposta di Kelsen non è dubbia. La responsabilità presuppone la pubblicità degli atti. È chiaro infatti che è solo sulla base di un operato governativo reso di pubblico dominio che i governati potranno giudicare della probità, dell'efficienza, della preparazione dei loro governanti; potranno cioè chiamarli a render conto delle loro azioni. E qui Kelsen aggiunge una considerazione molto bella e veritiera: «la tendenza a svelare i fatti – egli scrive – è tipicamente democratica, e ciò porta a un'interpretazione superficiale e malevola di questa forma di governo, al giudizio infondato che la corruzione sia più frequente nel regime democratico che in quello autocratico; mentre, in verità, la corruzione è soltanto invisibile nel secondo, dato che vi prevale il principio opposto»[92], il principio della segretezza.

In questo senso, per Kelsen la responsabilità democratica rende trasparente la Città del Comando. A misura invece che

[90] *Ibid.*, p. 126.
[91] *Ibid.*, p. 128.
[92] H. KELSEN, *I fondamenti della democrazia*, cit., p. 241.

aumenta l'irresponsabilità, quella stessa Città, da trasparente ed accessibile diviene opaca ed impenetrabile. La figura del capo si cinge allora di un'aureola di magico mistero; le ragioni ultime delle sue decisioni appaiono come un enigma indecifrabile al volgo profano; e finanche lo stato del suo organismo fisico diventa un arcano insondabile (alla morte di Alessandro I – tanto per dirne una – circolò la notizia che lo zar si fosse ritirato a vivere da eremita. A quel tempo, dunque, si credeva che neppure la morte potesse nulla contro l'integrità fisica dell'autocrate. E non è che le cose siano cambiate granché con il trascorrere degli anni. Tragica, tragica e nel contempo grottesca, fu la morte di Stalin; o meglio, come la morte di Stalin venne vissuta dalla sua governante: «Tutto era calmo – riferì Maria Petrovna nel processo verbale redatto sotto sua dettatura – quando ad un tratto si udì un gran rumore, come se fosse crollato qualcosa. Mi precipitai nella stanza e là vidi il compagno Stalin per terra proprio davanti al grammofono». La governante lasciò Stalin dov'era, uscì dalla stanza richiudendo l'uscio, e corse dal comandante delle guardie per comunicargli che: «il compagno Stalin dormiva sul pavimento, dormiva di un sonno pesante, ma che aveva qualcosa di anormale»[93]. No, gli autocrati non muoiono mai; e se qualche volta pare accusino malore, in realtà stanno solo dormendo sul pavimento).

Dal metodo democratico di scelta dei capi sortiscono dunque i principi di responsabilità e di pubblicità. E per Kelsen sono proprio questi due principi a rendere impossibile, o quanto meno a ostacolare seriamente la propensione che i capi hanno di rimanere per sempre al loro posto. Sono tali principi che contrastano la tendenza all'inamovibilità dei capi. Un leader che periodicamente è tenuto a sottoporre al verdetto dell'elettorato il suo operato, versa senz'altro in una situazione più precaria di quello che non deve rendere conto agli elettori perché, di fatto, non è al loro consenso che deve la sua ascesa politica. Il primo tipo di

[93] Citato da un articolo di Livio Zanetti apparso su *La Stampa* del 27 febbraio 1988 col titolo: *Morì ascoltando Mozart.*

comando è *provvisorio* perché il leader può non superare la successiva prova elettorale, il secondo è *perentorio* perché qui il capo semplicemente non corre il rischio di bocciature elettorali. È per questo – avverte Kelsen – che «la democrazia reale presenta l'immagine di un cambiamento dei capi più o meno rapido»[94]. E poiché, come si è detto, in democrazia i capi sono tratti dal popolo, il popolo funge cioè da vivaio delle èlites, ne segue che al rapido avvicendarsi dei capi si accompagna «un'ascensione costante della massa dei governati»[95] alle posizioni di comando. Si intuisce perciò la profonda repulsione che il sistema democratico prova per tutte le paratie stagne che impongono ai singoli di conservare per sempre il loro posto in un ordine statico. Non barriere che fossilizzano i governati nel ruolo di eterni subordinati, ma un dinamico moto politico ascendente e discendente: è questa una delle note distintive della democrazia. Per dirla con Kelsen: «per questo movimento che la caratterizza, la democrazia reale si distingue chiaramente dall'autocrazia ove possibilità di ascesa non esistono o sono assai limitate e dove rapporti di dominio sono relativamente immutabili e rigidi. Il metodo specificamente democratico della scelta dei capi – continua Kelsen – rappresenta dunque, paragonato all'autocrazia, un ampliamento essenziale (...) del numero delle personalità concorrenti al posto di capo». E più avanti: «è precisamente il metodo della democrazia che pone la lotta per il potere sulla base più ampia facendone l'oggetto di una concorrenza pubblica»[96]. In questo modo, il principio di libertà che sta alla base dell'idea democratica, si converte, nel reale funzionamento della democrazia, nel principio secondo il quale «ognuno può diventar capo»[97]. La democrazia reale non si caratterizza per l'assenza di capi ma per l'«abbondanza» (il termine è di Kelsen) di coloro che aspirano e concorrono al posto di capo.

[94] H. KELSEN, *Essenza e valore della democrazia*, cit., p. 128.
[95] *Ibid.*
[96] *Ibid.*, pp. 128-130.
[97] *Ibid.*, p. 131.

È proprio grazie a questa struttura competitiva dell'agone politico che, senza abusi terminologici, è lecito discorrere di «consenso elettorale»; è proprio l'«abbondanza» dei concorrenti a far sì che l'investitura di una minoranza a governare possa veramente dirsi voluta, consentita dagli elettori. Non c'è consenso, infatti, se chi deve esprimerlo non è lasciato libero di dissentire, e per dissentire occorre poter scegliere tra gruppi rivali. «Una disparità di opinioni tale da consentire agli uomini di scommettere sui cavalli»: era questo per Mark Twain l'*ubi consistam* della democrazia; ed è precisamente questo il fondamento di ogni seria competizione elettorale. È una tragica farsa e non un'elezione quella che costringe i cittadini a riversare i loro suffragi sul candidato ufficiale imposto dal gruppo dominante.

Ricapitolando: a parte il reclutamento popolare dei capi che, a rigore, non è un elemento qualificante della democrazia – anche in organizzazioni rigidamente autocratiche quali il mandarinato cinese e la Chiesa cattolica la nomina prescinde dall'origine sociale ed economica di chi viene preposto ad incarichi di autorità – a parte, dunque, questa improprietà concettuale, per il resto l'indagine kelseniana coglie perfettamente nel segno. Kelsen ha ragione di ritenere che i tratti caratteristici della democrazia reale siano fondamentalmente i seguenti: *a*) concorrenza fra minoranze per accedere ai ruoli direttivi; *b*) una più rapida circolazione delle èlites; *c*) legittimazione popolare dei capi mediante libere elezioni. È ben vero, dunque, che ogni sistema politico è di fatto retto da un'oligarchia; è altrettanto vero però che vi sono oligarchie ed oligarchie. E per distinguerle, giusto l'insegnamento di Kelsen, bisogna richiamare l'attenzione sull'*estensione* e sui *modi e i tempi di cambiamento* della classe politica. Il tutto come conseguenza della legittimazione popolare dei capi, ossia quale risultato delle elezioni democratiche. Che, come precisa Kelsen, «sono quelle basate sul suffragio universale, uguale, libero»[98].

[98] H. Kelsen, *I fondamenti della democrazia*, cit., p. 186.

Proprio quest'ultima caratteristica, la libertà del suffragio, ci consente di riannodare le fila del nostro discorso e di tornare alle contraddizioni e le insufficienze della democrazia kelseniana. Quelle contraddizioni e quelle insufficienze cui di sfuggita abbiamo accennato in precedenza e che ora è venuto il momento di evidenziare con la dovuta sistematicità. Contraddizioni ed insufficienze, dunque. E partiamo da qui, dalle contraddizioni. Come sappiamo, ad avviso di Kelsen, la libertà democratica è una libertà di segno positivo ed implica la partecipazione diretta o indiretta dei cittadini alla formazione delle leggi. In quanto positiva, essa annulla la libertà negativa del liberalismo, quella che postula l'assenza di vincoli ed imperativi giuridici. In questo modo, dove arriva la prima lì scompare la seconda; di quanto avanza l'una di tanto retrocede l'altra. Sicché una democrazia compiuta e realizzata in tutte le sue parti presuppone – appunto in tutte le sue parti – la presenza della libertà positiva e dunque l'assenza della libertà negativa. Di quest'ultima, dunque, non residua più nulla. Così almeno parrebbe stando a quel che si è detto per l'innanzi e che Kelsen conferma con le seguenti parole: «la trasformazione del concetto di libertà il quale, dall'idea di una libertà dell'individuo dal dominio dello Stato, si trasforma in partecipazione dell'individuo al potere dello Stato, segna contemporaneamente la separazione della democrazia dal liberalismo». E poi aggiunge: «l'ideale democratico, se è ritenuto soddisfatto nella misura in cui gli individui sottomessi all'ordine dello Stato partecipano alla creazione di questo ordine stesso, sarà indipendente dalla misura nella quale quest'ordine dello Stato abbraccia gli individui che lo creano, vale a dire indipendente dal grado fino al quale riduce la loro libertà»[99]. Dove, è ovvio, per libertà è da intendere la libertà negativa del liberalismo.

Senonché... Senonché in un saggio successivo Kelsen scrive così: «la trasformazione dell'idea di libertà naturale, come assen-

[99] H. KELSEN, *Essenza e valore della democrazia*, cit., p. 46.

za di governo, nell'idea di libertà politica, come partecipazione al governo, *non implica un completo abbandono della prima* (...). La democrazia moderna *non può essere separata* dal liberalismo politico» E di seguito: «Il suo principio è che il governo non deve interferire in certe sfere di interessi proprie dell'individuo, che devono venir protette dalla legge come diritti fondamentali o diritti di libertà»[100]. Allora, di grazia: c'è o non c'è separazione fra liberalismo e democrazia? Il governo può o non può ingerirsi nella *privacy* individuale? Deve o non deve salvaguardare i diritti fondamentali? Insomma, i diritti di libertà consacrati dalla tradizione liberale sono o non sono indispensabili al funzionamento del regime democratico? E se lo sono, come si può pensare che il liberalismo «lotti solo negativamente contro i limiti politici imposti all'individuo e che esso coerentemente (arrivi) in definitiva alla negazione dello Stato in generale»[101]? È un brano, questo di Kelsen, che lascia stupiti e che proprio perciò conviene seguire fino al suo ultimo svolgimento: «Dal *male necessario* di Humboldt all'idolo *superfluo* di Nietzsche il passo è breve. Ma – aggiunge Kelsen – se si nega lo Stato o ci si contenta di ignorarlo, allora si sottrae terreno ad ogni politica in generale. Può sembrare un paradosso, ma è soltanto logico, che la politica del liberalismo, che è la politica della liberazione, porti alla fine alla liberazione dalla politica»[102].

[100] H. KELSEN, *I fondamenti della democrazia*, cit., 237.

[101] H. KELSEN, *Concezione politica del mondo ed educazione*, ora in *Dio e Stato*, a cura di Agostino Carrino, ESI, Napoli 1988, p. 52.

[102] *Ibid.* Se la sua firma non ne certificasse l'autenticità, stenteremmo a credere che proprio Kelsen abbia potuto abbandonarsi a tali inesattezze. È con sbigottito stupore, ad esempio, che apprendiamo quanto segue: «Il liberalismo considera l'individuo l'unico dato. Esso è incapace di afferrare la realtà del collettivo ed è perciò portato a rifiutare qualunque giustificazione della sua esistenza» (*ibid.*). E poi ancora: «l'individualismo porta nelle sue conseguenze ultime e all'anarchismo politico e al nichilismo etico» (*ibid.*, p. 53). E finalmente: «Il diritto del più forte sui deboli: non è questa la morale da signori di Nietzsche e, nel campo dell'economia e della politica, la conseguenza o l'ideale del liberalismo?» (*ibid.*, p. 55). Se è vero quello che scrive Kelsen, che cioè nel cuore liberale pulsa l'«antifilosofia» individualistica, e se è vero altresì

No, sia detto a chiare lettere: non è un paradosso; è una falsità. È falso che il liberalismo abbia un carattere impolitico, o peggio ancora anti-politico. Se così fosse, se veramente negasse la politica in generale, a rigore dovrebbe anche sconfessare quella particolare politica che è la politica democratica. In questo caso, però, non capiremmo più come e perché il liberalismo si raccordi alla democrazia. E allora, di nuovo: cosa congiunge l'uno all'altro? E perché questa unione è tanto importante?

Liberalismo e democrazia

Per rispondere ad un simile interrogativo sarà bene partire un po' da lontano. La matrice storico-filosofica del liberalismo e della democrazia è l'individualismo («democrazia» va qui intesa nell'accezione moderna del termine; non si fa riferimento alle antiche esperienze democratiche, non sempre e non tutte informate all'individualismo). Attenzione però: l'individualismo dei democratici è diverso dall'individualismo di cui mena vanto

che l'individualismo è fomite di perdizione morale, se è vero tutto questo, bisogna bene ci sia un liberale – uno almeno – che abbia celebrato l'uomo ripiegato su se stesso, che l'abbia reso sordo ai richiami dell'altruismo e sensibile solo al fascino della potenza personale. Che,insomma, riducendo l'individuo ad un cumulo di aspirazioni egoistiche, ne abbia gelato il cuore e rimpicciolito l'animo. E, rimpicciolendone l'animo, l'abbia precipitato nella voragine oscura dell'indifferenza, lì dove giacciono sepolte la dignità umana e il rispetto del prossimo. Coraggio, allora, fuori il nome. Kant? Constant? Tocqueville? Stuart Mill? Suvvia, non scherziamo!

Si obietterà: ma questi pensieri Kelsen li ha formulati nel 1912, quando ancora il suo magistero non vibrava di entusiasmi liberali. Non ha senso, dunque, rinfacciargli una posizione che in seguito egli ha rivisto e ampiamente superato. E invece no, le cose non stanno così. Perché la revisione è assai meno profonda di quanto si supponga. Tanto è vero che, *senza il benché minimo cenno di autocritica*, Kelsen richiama l'articolo in questione in *Essenza e valore della democrazia*, l'opera che, pure, viene considerata come una delle espressioni più mature della sua filosofia politica (cfr. p. 131).

la tradizione liberale. L'individualismo dei democratici esalta l'attività dei singoli che, *all'interno dello Stato*, prelude all'elaborazione delle leggi. Quello dei liberali magnifica l'attività dei singoli che si svolge *al di fuori dello Stato*, là dove le azioni sono permesse e sfuggono così ai comandi e ai divieti del potere statale. Questo duplice significato di individualismo riverbera i suoi effetti sul concetto di libertà. La libertà dei liberali non è la stessa libertà dei democratici. Per i liberali, «essere liberi» significa godere della facoltà di compiere o non compiere certe azioni senza esserne impediti dallo Stato (libertà come non-impedimento). Per i democratici, «essere liberi» significa «essere autonomi», essere sottoposti sì a comandi e divieti, ma a comandi e divieti che essi stessi si sono dati (libertà come autonomia). Purché siano voluti dagli stessi cittadini, i comandi e i divieti non limitano la libertà, onde l'ideale democratico è che tutti partecipino alla loro formulazione. Per il liberale, viceversa, i divieti e i comandi – anche se autonomi, anche se voluti dai cittadini – attentano comunque alla libertà dei singoli. E si capisce perché. Qui, infatti, la libertà coincide con la sfera del lecito, con la sfera dei comportamenti che non essendo né proibiti né comandati sono permessi. E poiché, per definizione, è permesso tutto ciò che non è obbligatorio, ne segue che di quanto aumentano i comportamenti obbligati di tanto si riducono i comportamenti liberi. Di qui l'idea liberale di uno Stato che obblighi il meno possibile. Quale che sia la loro natura – autonoma o eteronoma – meno comandi e divieti vi sono e meglio è. Per il liberale, meno comandi e divieti vi sono e più si è liberi.

Il tutto può essere riformulato così: la libertà liberale è una *libertà da* (libertà *da* coazioni esterne e quindi *da* comandi e divieti); la libertà democratica è una libertà *di* (libertà *di* partecipare alla formazione dei comandi e dei divieti). Questo diverso uso del termine – ha scritto Norberto Bobbio – «dipende dal fatto che la dottrina liberale considera il problema della libertà in funzione dell'individuo singolo, la dottrina democratica in funzione dell'individuo in quanto partecipe della collettività. Le

due dottrine – prosegue Bobbio – rispondono a due domande diverse. La prima, la liberale: «che cosa significa essere libero per l'individuo considerato come un tutto a sé stante»? La seconda, la democratica: «che cosa significa essere libero per un individuo che fa parte della collettività?»[103]. Come si vede, le due versioni della libertà riflettono due diverse concezioni del mondo. La prima, quella liberale, pone l'individuo singolo al centro delle sue preoccupazioni; la seconda, quella democratica, al centro delle sue riflessioni pone l'individuo che *assieme ad altri individui* fa parte della collettività. La democrazia è intenta ad armonizzare, a sintonizzare gli sforzi individuali e ad integrarli fra loro (appunto in collettività). Il liberalismo, invece, bada a che i singoli innovino, competano, emergano gli uni sugli altri. La prima ha un andamento orizzontale. La seconda è vivificata da uno slancio verticale.

La precedenza del liberalismo

E tuttavia, benché rispondano a logiche differenti e a differenti sistemi di valori, nondimeno le due libertà sono compatibili. Sono compatibili ad una condizione: a patto di riconoscere la precedenza della libertà liberale. *La precedenza*, si badi, non la preminenza. Non che la libertà liberale sia più importante della libertà democratica e che valga di più. Semplicemente la libertà liberale – la libertà *da* – viene prima della libertà democratica – della libertà *di*. È una priorità procedurale, non assiologica. Ed è qui che entra in scena la libertà del suffragio. Nei regimi democratici, infatti, non basta votare le leggi a suffragio universale ed eguale. Prima ancora, occorre che il voto sia libero. «Ma – come spiega ancora Bobbio – la libera determinazione della volontà individuale (dove per libera determinazione

[103] N. Bobbio, *Kant e le due libertà*, ora in *Da Hobbes a Marx*, Morano, Napoli 1965, p. 149.

s'intenda una determinazione presa di fronte a diverse alternative possibili attraverso la ponderazione di argomenti pro e contro, e non già in situazioni in cui non ci sono alternative, e comunque non per paura di gravi conseguenze per la propria esistenza per la propria persona o per i propri beni) presuppone una serie di condizioni preliminari favorevoli (riconoscimento e garanzia dei diritti di libertà, pluralità di formazioni politiche, libero antagonismo fra esse, libertà di propaganda, voto segreto ecc.) che *precedono* l'espressione del voto»[104]. Una rigorosa successione, dunque, scandisce il percorso del suffragio libero: la prima tappa è la libertà come non-impedimento, la *libertà da*. Guadagnata questa, si muove incontro alla libertà come autonomia, alla *libertà di*. Insomma, si deve essere liberi *da* per essere liberi *di*; si deve essere liberi *dallo* Stato per essere liberi *di* creare le leggi.

Vediamo perché.

Le leggi, secondo la teoria democratica, debbono esprimere la volontà dei cittadini, debbono rispecchiare la loro opinione. D'accordo: ma come si forma questa opinione? Non è forse grazie alla possibilità di pensare e di esprimersi liberamente? Di liberamente stampare quel che si pensa? E poi magari di discuterne in libere riunioni? E tutte queste libertà (di pensiero, di parola, di stampa, di riunione) non sono retaggio della tradizione liberale? Non figurano tra i diritti di libertà? E cosa sono i diritti di libertà se non altrettanti limiti posti allo Stato, e quindi altrettante libertà *dallo Stato*? Ecco perché non può esistere volontà democratica *se prima* i cittadini non esercitano alcuni fondamentali diritti di libertà. «Nel sistema democratico – ha scritto Piero Calamandrei – i diritti di libertà non si possono concepire come espressione di diffidenza e di difesa contro l'autorità; ma piuttosto come strumenti e come condizioni della autorità medesima». Altro che «impoliticità» del liberalismo! E Calamandrei argomenta così: «Nella democrazia l'autorità trova

[104] N. Bobbio, C. Offe, S. Lombardini, *Democrazia, maggioranza e minoranze*, Il Mulino, Bologna 1981, p. 43.

la sua fonte nella volontà dei cittadini, ossia nell'attivo concorso di essi alla formazione delle leggi nelle quali l'esercizio del comando perde il carattere di arbitrio e diventa giustizia e ragione; sicché in questo sistema di governo le libertà individuali sono necessarie non solo come riconoscimento pratico della dignità morale di ogni persona, ma anche come mezzo per rendere operosa e feconda la vita politica della comunità e per far sì che tutti i cittadini possano liberamente contribuire colle loro migliori forze individuali alla formazione ed al perenne rinnovellarsi di quella volontà comune che, nella democrazia, è l'unico titolo di legittimazione dell'autorità. In un ordinamento democratico le libertà individuali, anche se non fossero reclamate dai singoli a difesa dell'interesse privato, apparirebbero come primordiale esigenza dell'interesse pubblico: perché di esse la democrazia ha bisogno per respirare, ossia per vivere»[105].

La libertà come autonomia, dunque, non può mortificare la libertà come non-impedimento. La prima è garanzia della seconda. E se ne è garanzia, è segno che la libertà democratica dipende dalla libertà liberale.

Ma, si potrebbe obiettare, vale anche l'inverso, anche il liberalismo dipende ed è garantito dalla democrazia. Perché ne dipende? Perché, come sostiene Bobbio, «la partecipazione del maggior numero di cittadini alla formazione della legge»[106] è un efficace rimedio contro la tendenza sopraffattrice dell'autorità. In altri termini, si dice che per meglio cautelare i diritti di libertà occorre riconoscere a tutti il diritto di voto. Il suffragio universale salvaguarda i cittadini; li salvaguarda perché è appunto con il voto che ciascuno di essi può punire i governanti, può sostituirli qualora attentino ai diritti che presiedono alla loro dignità personale. L'obiezione, in definitiva, suona così: democrazia e liberalismo si sostengono a vicenda. Sostenendosi a vicenda non è lecito subordinare l'una all'altro. A rigore, l'una non può stare

[105] P. CALAMANDREI, *Scritti e discorsi politici*, a cura di Norberto Bobbio, vol. II, La Nuova Italia, Firenze 1966, p. 373.

[106] N. BOBBIO, *Liberalismo e democrazia*, Angeli, Milano 1985, p. 31.

senza l'altro e viceversa, sicché di interdipendenza (e non di dipendenza) occorre discorrere. La partecipazione politica, la libertà democratica, rinvia ai diritti di libertà, alle libertà liberali; a loro volta le libertà liberali rimandano alla partecipazione politica quale migliore difesa dei diritti di libertà.

Il ragionamento è suggestivo ma non convince. Che il suffragio universale sia il miglior presidio delle libertà individuali è pacifico. Di qui, però, a farne l'unico presidio possibile ne passa. E ne passa perché non necessariamente i diritti di libertà vengono calpestati lì dove il voto è limitato. Dove mai è scritto che il suffragio ristretto consegna i singoli al capriccio del sovrano? «L'autogoverno – ha scritto Isaiah Berlin – può fornire globalmente una migliore garanzia di salvaguardia delle libertà civili (...). Ma non vi è nessuna connessione necessaria fra libertà individuali e principio democratico»[107]. Il suffragio universale è un'ottima garanzia politica delle libertà individuali. *Garanzia politica, non giuridica.* Nulla esclude allora che in sua vece operino altri dispositivi, e cioè quei ritrovati della scienza giuridica che vigilano sui diritti di libertà e li proteggono dalle manomissioni del legislatore. Primo fra tutti la Corte costituzionale. Proclamare i diritti di libertà con le norme di una Costituzione rigida e impegnare la Corte suprema a vigilare su di essi: è questo un espediente formidabile che, pur in assenza del suffragio universale, rinserra i diritti personali in un fortilizio assai sicuro. Significativo è l'esempio statunitense. Negli USA bisognò attendere il 1965 per rimuovere tutte le limitazioni di cui ancora soffriva il suffragio universale; pure, fino ad allora gli americani avevano serbato intatte le loro prerogative individuali. E ciò proprio grazie agli accorgimenti costituzionali. Furono questi, dunque, *questi soltanto*, che li sottrassero al giogo della tirannia. E allora, per ritornare al nostro problema: è vero, come scrive Bobbio, che «i diritti di libertà fungono da presupposto necessario perché la partecipazione politica sia reale e non fitti-

[107] I. BERLIN, *Due concetti di libertà*, ora in *Quattro saggi sulla libertà*, Feltrinelli, Milano 1989, p. 189.

zia»[108]; però non è vero il contrario, non è vero cioè che le libertà liberali si risolvano in tragica finzione qualora non si accompagnino al suffragio universale. Non è vero perché, come si è visto, esse rimangono «reali e non fittizie» anche quando il diritto di voto è limitato. E quindi, mentre il suffragio universale – il suffragio genuino, beninteso, non quello manipolato – postula sempre i diritti di libertà, non sempre i diritti di libertà richiamano il suffragio universale. Insomma, mentre la libertà liberale può stare senza la libertà democratica, la libertà democratica non può fare a meno della libertà liberale. Di qui la dipendenza – la dipendenza, non l'interdipendenza – della democrazia dal liberalismo. La democrazia presuppone il liberalismo. L'una si diparte dall'altro.

L'una e l'altro. Benché collegate tanto intimamente, stiamo quindi discorrendo di due realtà diverse: dell'una *e* dell'altro, appunto. Non è lecito perciò ricondurle ad un'unica categoria.

Quali e quanti possano essere i loro punti di contatto, pure la democrazia e il liberalismo non formano una cosa sola: *si duo sunt idem non faciunt idem*, ammonivano i logici del tempo antico. A maggior ragione, dunque, il liberalismo e la democrazia, che non sono completamente identici, che non fanno *unum et idem*, vanno distinti e non assimilati l'uno *all'*altra. L'uno *e* l'altra, invece. Queste osservazioni sono scontate e anche un po' pedanti. Nondimeno tornano utili. Non foss'altro perché consentono di rilevare l'imprecisione che vizia il pensiero del Kelsen più maturo, quello della *Teoria generale del diritto e dello Stato*. Dove egli salda il debito con il liberalismo e riconosce tutto ciò che la democrazia moderna deve ai diritti di libertà. Eppure anche qui... Ma leggiamo: «In una democrazia, la volontà della comunità è sempre creata attraverso una continua discussione fra maggioranza e minoranza, attraverso un libero esame di argomenti pro e contro una data regolamentazione di una materia. Questa discussione ha luogo non soltanto in parlamento ma anche, principalmente, in riunioni politiche, sui giornali, sui li-

[108] N. Bobbio, *Liberalismo e democrazia*, cit., p. 31.

bri, ed altri mezzi di diffusione dell'opinione pubblica. Una democrazia senza opinione pubblica è una contraddizione in termini». E aggiunge: «In quanto l'opinione pubblica può sorgere dove sono garantite la libertà di pensiero, la libertà di parola, di stampa e di religione, la democrazia *coincide* con il liberalismo politico, sebbene non coincida necessariamente con quello economico»[109]. Il ragionamento è ineccepibile e riproduce da presso l'argomentazione di poc'anzi sui rapporti fra la democrazia e il liberalismo. Ma la conclusione è sbagliata perché, come sappiamo, l'una presuppone l'altro. Ancora una volta, dunque: l'una e l'altro e non già un tutto unico dove l'una *coincide* con l'altro. Quando Kelsen recide ogni loro legame, tiene il liberalismo a troppe lunghezze di distanza dalla democrazia; successivamente e come nell'impeto della rincorsa, lo lancia troppo innanzi fino ad appiattirlo su di essa e a cancellarne la relativa diversità.

Prima troppo indietro, poi troppo avanti: mai insomma che ne individui la giusta collocazione. E invece non di indipendenza né di coincidenza, si tratta. Ma di precedenza: che è cosa diversa.

Liberalismo e liberismo

Se per recuperare il terreno perduto, l'ultimo Kelsen ha spinto il liberalismo di là dal consentito, mai gli è capitata qualcosa del genere per il liberismo economico. Senza interruzioni di sorta, dal principio alla fine, egli l'ha tenuto al di qua – molto al di qua – della sistemazione che gli spetta. Giammai ha fatto «coincidere» il sistema democratico con il liberismo: e questo sta benissimo. Con eguale persistenza, forse anche con pervicacia, ha però troncato ogni loro vincolo e sempre ha ritenuto che «né il capitalismo né il socialismo sono essenzialmente, vale a dire per loro natura, collegati con un determinato sistema politico.

[109] H. KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, cit., p. 293.

Ognuno di loro può essere istituito sotto un regime sia democratico che autocratico»[110]. E questo è meno bene; anzi, a dirla schietta, non è affatto vero.

È falso che «né il capitalismo, né il socialismo implicano una determinata procedura politica, per cui entrambi sono, in principio, compatibili sia con la democrazia che con l'autocrazia»[111]. Alla luce di quanto è accaduto negli ultimi tempi, non si capisce quale conciliabilità possa mai esservi tra il collettivismo economico (ad esso si riferisce Kelsen) e la democrazia politica. La rovina dei regimi dell'Est ha spezzato l'incantesimo del comunismo, per cui non è più dato di abbandonarvisi con il trasporto di una primavera interiore, con quella sensazione gioiosa cioè che come un fiotto di vita irrompe nei cuori quando gli uomini credono di attingere alle sorgenti stesse della giustizia e della libertà. No, queste fonti sono essiccate e non alimentano alcuna speranza di redenzione purificatrice; ed è ormai chiaro che proprio da qui, «dalla nazionalizzazione e dal controllo pubblico dei mezzi e dei processi di produzione e distribuzione»[112], proprio da qui escono forgiate le catene dell'umana schiavitù. Come Kelsen abbia potuto non accorgersene rimane un vero mistero, tanto più che mai il suo pensiero venne irretito dalla malìa collettivistica. Si dirà: troppo facile! Troppo facile e sleale rimproverargli quanto non poteva sapere né era tenuto ad antivedere sulla base dell'esperienza storica di allora. Che non a caso Kelsen invoca a giustificazione della propria «equidistanza»: «Forse – egli scrive – la democrazia è più favorevole al capitalismo che al socialismo e l'autocrazia lo è più al socialismo che al capitalismo ma, alla domanda si può rispondere solo sulla base dell'esperienza storica e la nostra attuale esperienza non è, secondo me, sufficiente a dare una risposta scientificamente fondata»[113]. Troppo facile, dunque, argomentare col senno di poi; troppo facile e

[110] H. Kelsen, *I fondamenti della democrazia*, cit., p. 327.
[111] *Ibid.*
[112] *Ibid.*, p. 326.
[113] *Ibid.*, p. 327.

anche un pochino fazioso perché se è vero che il collettivismo ha incatenato gli uomini al ceppo della servitù, è anche vero che più e più volte il capitalismo (ma sarebbe meglio dire l'economia di mercato) ha proceduto di conserva con le dittature più ferocemente liberticide. Segno perciò che Kelsen non si ingannava ad escludere qualsiasi «relazione necessaria»[114] tra il mercato e la democrazia. Felloni e partigiani, dunque, i critici di Kelsen? Per niente. Né gli uni né gli altri: non felloni, perché non è il mancato vaticinio della catastrofe sovietica che gli si contesta e nessuno pretende che egli avesse a leggere nel libro dell'avvenire, lì dove i caratteri hanno contorni così nebbiosi e sfuggenti che è spesso impossibile intenderne il significato. Ma il libro del passato, questo sì, Kelsen avrebbe dovuto sfogliarlo; ne avrebbe tratto un insegnamento che ha l'inesorabile ostinazione delle verità eterne: non c'è sistema collettivistico che abbia dischiuso agli uomini i germogli della libertà individuale e/o della democrazia. E sì che l'umanità ha sperimentato innumerevoli volte questo regime: nell'impero incaico, in Cina, in India, nei paesi di civiltà islamica, in Paraguay, e mai, assolutamente mai, che i singoli restassero affrancati dal controllo di una burocrazia esosa e parassitaria che li ha schiacciati sotto il peso della sua giurisdizione[115]. Non è vero perciò che Kelsen avesse a disposizione una documentazione insufficiente e tale comunque da farlo pencolare tra i due sistemi economici. Se non si è risolto a favore del mercato, l'addebito – almeno per una volta – non va mosso alla proteiforme consistenza delle vicende storiche. Che a volerle interrogare, offrono una risposta inequivoca anche all'altro problema, quello dei rapporti fra la democrazia e il capitalismo. È bensì vero che un regime autocratico può coesistere con l'economia di mercato, ma ove manchi il mercato non è neppure immaginabile un regime diverso dall'autocrazia.

[114] *Ibid.*

[115] Veramente illuminanti al riguardo sono le riflessioni che Luciano Pellicani ha sviluppato nel *Saggio sulla genesi del capitalismo* (SugarCo, Milano 1988) di cui consiglio in particolare la lettura del cap. IV, quello sugli effetti terrificanti de *L'economia ingabbiata.*

In questo senso, esso è la condizione necessaria della democrazia. Necessaria ma non ancora sufficiente. E non c'è teorico liberal-liberista, per quanto possano essere arroventate le sue requisitorie contro il collettivismo, non c'è teorico liberal-liberista – si diceva – che l'abbia promosso ad un tale rango, al rango cioè di presupposto che *eo ipso* genera la libertà. Valgano per tutti le parole di Milton Friedman il cui pensiero, vibrante di entusiasmi crociati, non è secondo a nessuno quando magnifica le virtù del mercato: «La storia ci dice soltanto che il capitalismo è una condizione necessaria della libertà politica. Ma non è una condizione sufficiente. L'Italia fascista, la Spagna franchista, la Germania in varie epoche degli ultimi settant'anni, il Giappone anteriormente alla prima e alla seconda guerra mondiale, la Russia zarista nei decenni che precedettero la prima guerra mondiale, sono tutti esempi di società che non si possono evidentemente definire politicamente libere. Eppure – prosegue Friedman – in ciascuna di esse l'intrapresa privata era la forma predominante di organizzazione economica. È, quindi, ovviamente possibile il caso di assetti economici che sono fondamentalmente capitalistici e di assetti politici che non sono liberi»[116].

La «sfida» con Hayek

Kelsen, dunque, avrebbe ragione solo in un caso: se a mo' di corollario si volesse derivare la democrazia dall'economia di mercato. Il che non è. Nessuno dei suoi interlocutori ha preteso tanto. Non certo Hayek con il quale egli ingaggia un rabbioso corpo a corpo nel tentativo di demolire la tesi che più lo irrita, quella che pur senza dedurre logicamente l'una dall'altro, fa della democrazia una delle possibili conseguenze del mercato. Corpo a corpo rabbioso, dicevamo. E tuttavia, ad onta dei ri-

[116] M. FRIEDMAN, *Efficienza economica e libertà*, Vallecchi, Firenze 1967, pp. 28-29.

petuti attacchi e nonostante il vorticoso mulinare dei colpi non c'è ne è uno che vada a bersaglio, non uno che tramortisca o che stringa alle corde l'avversario sempre pronto, peraltro, a schivarli e a rientrare con offensive che lasciano il segno.

Sarà perché manca del vigore necessario, sarà per non so quale irruenza scomposta che pure non gli è abituale, sarà per la temerarietà del cimento, sarà per questo e altro ancora, certo è che da tale sfida Kelsen esce veramente malconcio. Mai le difese di Hayek si sbandano o risentono della prova sostenuta: il suo argomento, la tesi principale, rimane ben salda durante e dopo gli assalti kelseniani; e lasciamo che sia proprio lui ad esporla: «Chiunque controlli tutta l'attività economica – scrive Hayek – controlla i mezzi per tutti i nostri fini e deve perciò decidere quali debbano essere soddisfatti e quali no. Questo è in realtà il punto cruciale della questione. Il controllo economico non è il semplice controllo di un settore della vita umana che possa essere separato dal resto; è il controllo dei mezzi per tutti i nostri fini. E chiunque abbia il controllo esclusivo dei mezzi deve anche determinare quali fini debbano essere alimentati, quali valori vadano stimati più alti e quali più bassi; in breve, ciò che gli uomini debbano credere e ciò per cui debbano affannarsi»[117].

Ecco: questa è la ragione profonda del liberal-liberismo. Che non va ridotto a sordidi presupposti materiali (la difesa della «roba») né partecipa di una visione economicistica e dunque angusta della vita. Se patrocina la causa della proprietà privata e della concorrenza, non è per compiacere gli istinti più vili della natura umana o per soddisfare l'appetito dei godimenti terreni; difende la proprietà perché difende la libertà dell'individuo, quella libertà che gli deriva dalla sicurezza della sua proprietà e dalle opportunità di scelta che questa gli offre. La proprietà, perciò, è un mezzo e non un fine. Tanto più che i fini ultimi non hanno carattere economico: economico è soltanto lo strumento per perseguirli.

Tranne gli avari per i quali il danaro è veramente lo scopo ultimo della loro esistenza, nessuno si arricchisce per il solo

[117] A.F. von HAYEK, *Verso la schiavitù*, Rizzoli, Milano 1948, p. 80.

gusto di arricchire: c'è chi lo fa per testimoniare a sé e agli altri il suo talento imprenditoriale, chi per salire nella considerazione del prossimo, chi per onorare la tradizione della famiglia, e chi semplicemente per procurarsi tutte le gioie che gli rendono meno disagevole il passaggio sulla terra. Come che sia, i «fini» economici sono sempre mezzi per fini ulteriori. Sicché chi domina le risorse materiali, chi monopolizza le ricchezze indispensabili al singolo per conquistare la mèta che si è scelta, insomma chi controlla i mezzi, controlla di fatto anche i fini. E con i fini imbriglia le preferenze e le opzioni individuali. È in nome della libertà di opzione – che è poi la libertà *tout court* – è nel nome di questa libertà e non per altre ragioni, dunque, che i liberali inalberano il vessillo della concorrenza e osteggiano il monocentrismo statale dei collettivisti. Non si vede, infatti, quale libertà di culto possa fiorire lì dove lo Stato è il proprietario di tutti gli edifici, e dove quindi i fedeli devono impetrare il suo favore per ottenere uno stabile che ospiti i loro riti e le loro cerimonie. Né si capisce come possa nascere la libertà di stampa dove lo Stato detiene tutte le cartiere e dove perciò il suo assenso è indispensabile a chiunque voglia fondare un nuovo giornale. O si diffondono le idee che allo Stato piacciono vengano diffuse e ci si riduce così a garruli gazzettieri di regime, o è bene deporre le speranze di comunicare agli altri un pensiero franco ed indipendente. Allo stesso modo, o si forza il proprio cuore ad onorare la divinità imposta dalla legge e lo si avvilisce così con la pratica dello spergiuro e del disonore, o è giocoforza rinunziare al calore di un santuario dove pregare in libertà.

Cosa oppone Kelsen a questo ragionamento? Niente. Proprio così: niente. Egli infatti riconosce la plausibilità degli argomenti esposti; solo, esclude che le cose procedano diversamente nei paesi capitalistici: «in una società capitalistica – egli si chiede – la situazione è poi essenzialmente diversa? (...) se gli individui (...) non posseggono denaro per acquistare o erigere l'edificio di cui necessitano per celebrare il loro culto, possono cercare di ottenere dei crediti da una banca; ma se la banca ha una utilizzazione più sicura o più proficua del suo denaro, non accorderà il credito

(...). Può darsi che (la gente) non trovi una banca disposta a prestare il denaro necessario e quindi venga ad essere, per quanto riguarda la realizzazione con mezzi economici delle sue necessità religiose, tanto poco libera in una società capitalista quanto in una socialista, anche se la società capitalista ha una costituzione democratica che garantisce la libertà di religione». E così conclude: «Dal punto di vista di coloro che abbisognano di un edificio per celebrarvi il loro culto, non importa se a rifiutare i mezzi economici necessari siano le banche o un'autorità centrale»[118].

Diamine, che replica è mai questa? Tanto per cominciare c'è una bella differenza tra un paese in cui uno e uno soltanto (lo Stato) giudica i nostri intenti e decide se approvarli o censurarli, e il paese invece in cui c'è concorrenza tra gli imprenditori, le banche e gli altri operatori finanziari; lì se lo Stato si rifiuta di sovvenzionarmi non c'è più nulla da fare e non mi rimane che dismettere ogni proponimento; qui se una banca non si lascia commuovere dalle mie istanze potrò bene rivolgermi alla banca concorrente e poi eventualmente ad un'altra, a un'altra banca ancora e ancora a un'altra. Il tutto senza necessariamente doverle convincere della bontà del progetto e limitandomi ad esporre loro l'aspetto redditizio dell'operazione. Non è detto, per esempio, che le mie idee debbano coincidere con quelle dell'editore: e tuttavia questi può fornirmi i mezzi per diffonderle perché trova conveniente, economicamente conveniente, farlo. Lì, dunque, la possibilità è una sola e dipende dalla consonanza fra i miei propositi e le idee di chi mi favorisce; qui le *chances* sono molteplici e non tutte legate agli ideali dei miei finanziatori. Non è una differenza trascurabile.

Fatti e principi

D'accordo, si obietterà: non è una differenza da poco. Epperò non si è ancora escluso *in punto di principio* che la libertà di

[118] H. KELSEN, *I fondamenti della democrazia*, cit., pp. 356-357.

culto o di stampa (tanto per rimanere agli esempi precedenti) possa attecchire anche in un regime collettivistico. Anzi, per esplicita ammissione, se ne è riconosciuta la possibilità: benché ridotta ad una sola, pure esiste. Nulla impedisce, allora, che coltivandola con i ritrovati della scienza giuridica essa possa germogliare, e germogliando illeggiadrisca una società che è destinata altrimenti a diventare più dura e più secca di una pietra. «Non vi è alcuna ragione – scrive Kelsen – per ritenere che la garanzia costituzionale di tali libertà non sia possibile in una società socialista e per asserire che, se il governo controlla direttamente i mezzi economici, e quindi indirettamente i fini culturali non economici che debbono essere attuati con i suddetti mezzi, il suo potere non possa essere limitato dalla proibizione costituzionale di dati atti legislativi, amministrativi e giudiziari caratteristica della democrazia capitalistica». E poi di seguito: «Si è soliti sostenere che il governo, se controlla la produzione e la distribuzione delle macchine tipografiche e della carta, non permetterà la pubblicazione dei periodici o libri contrari alla politica governativa. *Questo è possibile*, e tale è certamente il caso dell'Unione Sovietica, *ma non è necessario*. La nazionalizzazione dei mezzi di produzione non esclude per sua natura istituti giuridici che garantiscano la libertà di stampa, e tali garanzie possono essere non meno efficaci di garanzie analoghe in una democrazia capitalistica»[119].

Quale insospettata potenza racchiude il diritto! Sicché basterebbe redigere un documento costituzionale, impreziosirlo con i diritti di libertà e quindi organizzare un apparato giudiziario che lo preservi da ogni manomissione, basterebbe questo, dunque, per ammansire il Moloch collettivistico e ricondurlo a più miti consigli. Suvvia! Come si fa ad immaginare che la magistratura punisca gli abusi dei governanti là dove lo Stato è l'unico datore di lavoro? Quale giudice si assumerà un tale compito sapendo in anticipo che per rappresaglia potrà essere licenziato e che il licenziamento equivale ad una condanna a morte per

[119] *Ibid.*, p. 359.

inedia perché, al di fuori dello Stato, non esistono altri imprenditori presso i quali guadagnarsi di che vivere? Certo, se i magistrati fossero eroi... Ma allora con la stessa logica potremmo figurarci gli uomini di governo come altrettanti santi che con spirito di sacrificio si votano all'interesse generale. Va da sé che in una società di santi e di eroi tutto è possibile: persino che il potere politico, in uno con quello economico, rispetti le libertà individuali pur disponendo degli strumenti per affossarle. Ma che beneficio ne viene a fantasticare così quando «l'ipotesi corrispondente alla natura umana è l'altra: quella per cui chi ha il potere politico assoluto se ne serve non al perfezionamento degli uomini, ma a crescere ed affermare il potere proprio e del gruppo dirigente. Se poi, come accade in una società comunistica piena, il gruppo dirigente, oltre il potere politico, possiede anche il pieno potere economico, per quale mai ragione misteriosa dovrebbe astenersi dall'usarne? Per rendere ossequio al principio che i governanti sono fatti per i governati, che il ministro della produzione deve produrre quel che piace e nella misura in cui piace ai consumatori di desiderare?»[120]. L'Arcadia lasciamola ai poeti! Sulla simpatia umana non si costruisce nulla; bisogna edificare sull'egoismo, l'ambizione, la vanità e l'istinto di preda perché – come ammoniva Guicciardini – «li omini sono fallacissimi: e però la vera sicurtà di non essere danneggiato da uno debbe essere fondata in su che e' non possa, non in su che e' non voglia»[121]. E perché «non possa» c'è un solo espediente, quello di sempre: limitare il potere con altri poteri, bilanciare gli uni con gli altri e farli concorrere fra loro. E poiché la concorrenza viene istituzionalizzata dal mercato, ecco che al di là degli accorgimenti giuridici (che pure sono necessari) è proprio il mercato la garanzia più sicura delle libertà individuali.

Non solo. Il dramma è che se anche volessero, i dirigenti collettivisti non potrebbero mai aprire il loro cuore alle libertà politiche e civili: in fondo, non è questione di buona o cattiva

[120] L. EINAUDI, *Il Buongoverno*, cit., p. 282.
[121] F. GUICCIARDINI, *Ricordi*, Garzanti, Milano 1975, p. 40.

volontà, di natura virtuosa o perversa. Perché se anche fossero onesti, saggi e generosi, essi dovrebbero comunque onorare la logica collettivistica. Che è quella del monopolio statale, la logica cioè in forza della quale lo Stato tutto vede e a tutto provvede. Ora, se lo Stato deve provvedere a tutto, tutto deve soggiacere al suo controllo. Per la contraddizione «che nol consente», quindi, non può ammettere al suo interno aree protette o zone franche in cui i singoli decidano autonomamente del loro destino. Sarebbe come cambiar di natura; che razza di collettivismo è mai quello che consente la libera espressione delle individualità senza un piano che dall'alto scandisca il ritmo e determini le finalità del loro sviluppo? Se collettivismo ha da essere, unica grande ed onnipervasiva bisogna che sia la volontà dello Stato: ma se la volontà è unica, unica è l'ideologia che l'alimenta e unica la fede che la sostiene. Di qui l'intolleranza verso le fedi e le ideologie altre. Che perciò vengono calpestate non per un accidente fortuito o per l'inclinazione malvagia della natura umana. No, le si soffoca per una necessità immanente al regime collettivistico, per il suo stesso principio informatore. «Se la volontà è unica – ha spiegato da par suo Luigi Einaudi – e la società collettivistica è perfetta, non può non esistere se non una sola ideologia, un solo credo spirituale. Non sono tollerabili ideologie concorrenti, eresie le quali sono altrettante forze indipendenti, le quali intendono necessariamente a distruggere ed a sostituire la ideologia dominante; forze assai più efficaci di quelle materiali o formali perché aventi radici nello spirito. Il comunismo non può dunque tollerare la libertà di pensiero, che lo trasformerebbe e minerebbe a breve andare. Il comunismo può ammettere la critica tecnica (...). La critica tecnica è invero inoffensiva; perché parte dalla premessa propria della ideologia attuale (...) che lo scopo della vita sia la consecuzione della massima quantità totale di prodotto in una data unità di tempo. Non è ammessa e non è ammissibile la critica di principio, la quale sostenga che lo scopo della vita non sia quello suddetto; ma vi possano essere tanti scopi della vita quanti sono i corpi, i gruppi e le unità sociali. Questa – prosegue Einaudi – è eresia;

e ben lo avverte il gruppo dirigente, il quale sa che, ammessa la libertà per i gruppi legalmente riconosciuti (...) di determinare da sé il proprio scopo della vita, inevitabilmente gli scopi si moltiplicheranno; i gruppi si scinderanno e la moltiplicazione degli scopi e dei gruppi giungerà sino alla famiglia ed all'individuo. Risorgerà la volontà dell'uno contro la volontà del tutto; l'uno ritornerà a concepire la vita ed i suoi scopi diversamente dagli altri uno e dal tutto. Finirà la cattolicità comunista e rifiorirà la libertà. Perciò – conclude Einaudi – il liberalismo non può (nemmeno per figura rettorica) assistere concettualmente all'avvento di un assetto economico comunistico (...). Esso vi ripugna per incompatibilità assoluta (...). L'economia comunistica è economia asservita ad un'idea, qualunque sia, imposta da una volontà, per definizione e per ragione di vita, intollerante di qualsiasi volontà diversa»[122].

Allora, in conclusione: pur senza esagerarne la portata – perché il mercato ha liberato la più parte degli uomini dal flagello della penuria – pur senza levare al cielo biblici lamenti, dunque, non si deve escludere ciò che vuole Kelsen, vale a dire che anche in una società capitalistica può capitare a taluno di trovarsi privo dei mezzi economici, privo cioè delle ricchezze di cui disporre liberamente per raggiungere i propri fini. Ma, appunto: può capitare. È una possibilità di fatto. Nei regimi collettivistici, invece, questa libera disponibilità è negata dalla natura stessa del sistema economico: quindi sempre e comunque. È un'impossibilità di principio[123]. Così come per necessità di prin-

[122] L. EINAUDI, *Il buongoverno*, cit., pp. 216-217.

[123] «Il sistema di mercato – ha scritto Giovanni Sartori – ha la peculiarità, in qualche modo unica, di essere un ordine il quale genera incessantemente alternative; e l'esistenza di alternative è il necessario complemento della *libertà di scelta*. Ma l'argomento va sviluppato con cautela. Se il mercato è (offre) una *struttura di alternative*, non ne deriva che tutti i partecipanti a transazioni di mercato siano effettivamente e egualmente liberi di scegliere. Le strutture consentono e basta. O meglio, una determinata struttura può incoraggiare l'attuazione; ma il passaggio dalla potenzialità alla realtà richiede il sostegno di condizioni adeguate. La mia reale libertà di scelta di consumare è una funzione

cipio vengono umiliati i diritti di libertà e la tolleranza; là dove, è vero, gli indigenti di una società di mercato si trovano menomati nell'esercizio di siffatti diritti e può ben accadere che li considerino come altrettanti impegni che la società ha disatteso, quasi una replica di quell'antica commedia che è il predicar bene e razzolar male. Ma, ancora una volta: qui può succedere che si predichi bene e razzoli male; lì, invece, si razzola esattamente come si predica. Da una parte ci sono le brutture e le iniquità *nonostante* le regole del liberalismo; dall'altra, le brutture e le iniquità quali *conseguenze* del collettivismo. Questa è la differenza che sfugge a Kelsen.

I fondamenti morali della democrazia: la tolleranza

L'accenno alla tolleranza ci consente di affrontare l'ultimo argomento, quello relativo ai fondamenti morali della democrazia. Diciamo subito che, sul punto, Kelsen ha scritto le sue pagine più belle, e comunque tra le più sentite. Ecco perché in un primo momento ci limiteremo ad esporre soltanto il suo pensiero.

Ma poiché le mura maestre di tale pensiero non sono completamente levigate e vi si trovano delle prominenze, come delle pietre sporgenti, è appunto ad una di queste sporgenze che in seguito agganceremo le nostre perplessità. Cominciamo dall'esposizione.

Uno dei temi ricorrenti nell'elaborazione kelseniana è che il conflitto tra l'autocrazia e la democrazia non ha soltanto natura

di quanto pieno è il mio portafoglio. La mia reale libertà di scelta di produrre dipende dall'avere o meno quanto occorre per avviare una produzione. Pertanto la riconduzione del mercato a una libertà di scelta è sottoposta a importanti restrizioni; restrizioni che possono essere anche impedimenti. Resta che la potenzialità c'è, e che detta potenzialità è aperta, come tale, a tutti. Il che non può essere detto per altri ordini o sistemi economici, e segnatamente per i sistemi di non-mercato (*Elementi di teoria politica*, cit., p. 146).

giuridica o politica: esso riflette un antagonismo assai più radicale e profondo; e più profondo perché muove dal contrasto fra due opposti atteggiamenti mentali: il metafisico- assolutistico e il critico-relativistico. Un tale contrasto origina dalla posizione che viene assunta nei confronti dell'Assoluto, e quindi dei valori assoluti. Sicché, se è vero quel che ha scritto un eminente gesuita – che cioè chi crede nell'esistenza dei valori assoluti si fa sostenitore della visione religiosa del mondo, e chi invece nega tali valori si fa paladino della concezione laica della vita[124] – se è vero tutto questo, ne segue che il conflitto tra la visione religiosa e la concezione laica è lo stesso che il dissidio tra l'assolutismo e il relativismo. Ad avviso di Kelsen, l'assolutismo è l'atteggiamento mentale più congeniale ai regimi autocratici, là dove ai regimi democratici meglio si confà l'atteggiamento relativistico.

L'assolutista è dell'avviso che, ben oltre i limiti dell'umana esperienza, esistano valori assoluti che si disvelano solo all'eletto, a colui cioè che valica i confini della conoscenza empirica ed accede nel regno dove impera il Bene ed il Vero, un Bene ed un Vero assoluti. Il relativista, per converso, prende le mosse dall'esperienza positiva e ad essa si àncora definitivamente. Tutto ciò che la trascende (l'assoluto, l'essenza, la cosa in sé) è inaccessibile alla mente umana ed in quanto inaccessibile non è conoscibile. Ad avviso del relativista, perciò, è impresa vana mobilitare l'intelletto per conoscere i valori e le verità assolute; parimenti vana è la pretesa di derivare la conoscenza dell'Assoluto dall'analisi della realtà. Alla realtà non è immanente alcun valore; mondo della realtà e mondo dei valori sono universi distinti e non comunicanti; non si può derivare un valore da un fatto, non è lecito inferire un giudizio di valore da un giudizio di fatto. Per giudizio di fatto si intende quel giudizio che si esprime con il seguente enunciato: «è vero che...». È un enunciato che espone, rappresenta, descrive qualcosa. Il giudizio di fatto è

[124] B. SORGE, *Il ritorno dei vescovi mediatori*, in *La Stampa*, martedì 24 marzo 1984.

un giudizio descrittivo. Per giudizio di valore si intende quel giudizio che si esprime con il seguente enunciato: «è bene che...». È un enunciato che consiglia, raccomanda, prescrive qualcosa. Il giudizio di valore è un giudizio prescrittivo. Ora, non si può fondare un giudizio di valore se non ricorrendo ad un altro giudizio di valore, in una catena di richiami lunga quanto si vuole, ma che sempre termina con il richiamo ad un valore ultimo, non ulteriormente fondabile, ed in quanto infondabile non oggettivo. Facciamo un esempio (è un partenopeo a farlo): perché *è bene* che il Napoli vinca lo scudetto? Perché è bene che vinca la squadra più meritevole. Perché *è bene* che vincano i più meritevoli? Perché giustizia vuole che primeggino i migliori. Perché *è bene* seguire i dettami della giustizia? Perché è bene... ecc. ecc.

Come si vede, da un «è bene» siamo rinviati ad un altro «è bene»; da un giudizio di valore risaliamo ad un altro giudizio di valore, finché ci troviamo dinanzi ad un valore oltre il quale non sappiamo procedere. Questo è il valore ultimo. E perché è ultimo non ha nessun fondamento. I valori ultimi non si fondano; si assumono. E ogni assunzione è *relativa* al soggetto che la compie. Di qui il relativismo etico. Viceversa, se – come ritengono i giusnaturalisti – i diritti, le norme, i valori, si ricavano dalla constatazione di un fatto (dal fatto «natura umana»), diritti norme e valori poggiano su di un fondamento concreto, materialmente tangibile, oggettivo. E quindi assoluto, poiché la caratteristica dell'oggettività è appunto quella di non dipendere dalle condizioni psicologiche, intellettive e morali, *relative* ai soggetti individuali. Ecco qui la fonte dell'assolutismo giusnaturalistico. Ma chiediamoci: è giustificato questo assolutismo? Non è per caso viziato da un errore che lo rende teoricamente insostenibile? Al riguardo è esemplare il ragionamento di Bobbio: «ognuno vede che altro è constatare che le cose si svolgono così e così, altro è dire che è bene o male che le cose si siano svolte così e così. Dal fatto che l'uomo abbia queste o quelle inclinazioni naturali si può ricavare tutt'al più l'affermazione che l'uomo è fatto per natura in questo modo piuttosto che in un altro modo.

Ma se poi, fatto a questo modo, sia fatto bene o male, è un altro discorso. Dal primo non si può passare al secondo se non presupponendo una qualche valutazione, che viene dissimulata nel concetto di natura, senza che ci si accorga della sostituzione. Certo – prosegue Bobbio – se io dico che la natura è creata da Dio (come dirà Locke nei suoi trattati giovanili) e Dio non può fare null'altro che il bene, non mi sarà molto difficile dedurre che la natura è buona, e buone sono le inclinazioni naturali. Ma questa deduzione è stata possibile per il fatto che io senza accorgermene ho attribuito un valore alla natura, e così ho ricavato un apprezzamento positivo delle inclinazioni naturali non dalla constatazione che sono naturali ma dall'apprezzamento positivo dato della natura considerata come opera divina (confermando anche in questo caso che un giudizio di valore non può essere dedotto se non facendo appello ad un altro giudizio di valore)»[125].

Bobbio riprende così quanto aveva scritto Kelsen: «il principio (...) che attraverso la conoscenza di ciò che è noi ricaviamo la conoscenza di ciò che deve essere fatto, può sostenersi su di una base religiosa, e cioè sulla base della credenza che il mondo è creato da Dio e quindi è la realizzazione della Sua volontà assoluta»[126]. È chiaro infatti che le leggi naturali potranno imporsi come imperativi etici alle coscienze degli uomini solo se assumono le fattezze di comandi dell'autorità trascendente. Se è Dio a reggere il mondo, le leggi naturali divengono espressione della Sua volontà, e poiché – per definizione – la volontà divina è rivolta al Bene, quelle medesime leggi varranno allora come precetti morali. L'assolutismo giusnaturalistico tradisce così una inequivoca origine religiosa (benché il discorso sia diverso per Hobbes).

Chi invece non muove da premesse religiose, ammette senza difficoltà che dall'essere non si può mai desumere un dover-essere. E da qui a riconoscere la pluralità, il politeismo dei valori, il passo è semplicemente obbligato. E infatti, se nessun giudizio di valore può fondarsi sui fatti, nessuno evidentemente

[125] N. Bobbio, *Locke e il diritto naturale*, Giappichelli, Torino 1963, pp. 70-71.

può dai fatti stessi venir confutato. Se è vero che i fatti non affermano nessun valore, va da sé che neppure lo negano. In linea di principio, perciò, l'atteggiamento relativistico (che coincide con quello scientifico) non esclude alcun valore; e non lo esclude proprio perché i valori in quanto tali sfuggono alla presa della scienza. La scienza indaga i fatti, e i fatti non racchiudono alcun valore. Il relativismo – spiega Kelsen – significa che i valori «non possono essere provati come assoluti per mezzo di una conoscenza razionale e scientifica, una conoscenza cioè che escluda la possibilità di un giudizio di valore opposto»[127].

Se le cose stanno così, si capisce agevolmente perché Kelsen abbia scritto che «alla concezione metafisico-assolutistica si associ l'atteggiamento autocratico; alla concezione critico-relativistica, scientifica, l'atteggiamento democratico»[128]. E invero è del tutto illogico lasciare che la maggioranza decida del pubblico bene, se poi si ritiene che uno solo sia il Vero e il Bene e che uno, uno soltanto, sia colui che ne possegga la segreta ricetta. Chiede Kelsen: «se si crede nell'esistenza dell'assoluto e di conseguenza nei valori assoluti, nel bene assoluto, non è senza senso lasciare che il voto della maggioranza decida ciò che è politicamente bene?»[129]. Proprio il conflitto tra il principio di maggioranza da un lato, e il Bene assoluto e il suo custode

[126] H. KELSEN, *I fondamenti della democrazia*, cit., p. 263.

[127] E quasi per parare l'accusa di nichilismo, Kelsen aggiunge: «una teoria dei valori relativistica non nega l'esistenza di un ordine morale (...). Essa nega l'esistenza di *un unico ordine* che possa pretendere di essere riconosciuto valido e, quindi, universalmente applicabile. Essa asserisce che vi sono parecchi ordini morali diversi l'uno dall'altro e che, di conseguenza, deve essere fatta una scelta tra loro. In tal modo, il relativismo impone all'individuo il difficile compito di decidere da sé ciò che è giusto e ciò che è errato; il che implica certamente una responsabilità molto seria, la responsabilità più seria che un uomo possa assumere. Relativismo positivistico significa autonomia morale» (*I fondamenti della democrazia*, cit., p. 262). Si vedano al riguardo le riflessioni che Alfonso Catania ha sviluppato in *Il principio di tolleranza e la laicità del diritto*, ora in *Nord e Sud*, n. 1, 1992.

[128] H. KELSEN, *Il primato del parlamento*, cit., p. 56.

[129] H. KELSEN, *I fondamenti della democrazia*, cit., p. 260.

dall'altro, ha tratto Kelsen ad una delle sue meditazioni più stimolanti: «Nel capitolo XVIII del Vangelo di San Giovanni – egli ricorda – viene descritto il processo di Gesù. La semplice storia nella sua ingenua rappresentazione è un brano sublime della letteratura e, senza volerlo, assurge a tragico simbolo dell'antagonismo tra assolutismo e relativismo. Erano i giorni della Pasqua ebraica quando Gesù, accusato di pretendere di essere il Figlio di Dio e il re dei Giudei, venne portato dinanzi a Pilato, procuratore romano. E Pilato chiese ironicamente a Gesù che agli occhi del Romano non era altro che un povero pazzo: «Sei tu, così, il re dei Giudei?». Ma Gesù prese la questione molto seriamente e, tutto penetrato dalla fiamma della sua missione divina, rispose: «Tu lo dici che io sono re. Per questo io sono nato e per questo sono venuto al mondo: per rendere testimonianza alla verità. Chiunque è dalla parte della verità ascolta la mia voce». Allora Pilato domandò: «Che cosa è la verità?». E poiché egli, scettico relativista, non sapeva cosa fosse la verità, l'assoluta verità in cui quell'uomo credeva, si affidò in perfetta coerenza alla procedura democratica rimettendo la decisione del caso al voto popolare. Egli andò incontro ai Giudei, riporta il Vangelo, e disse loro: «Io non trovo in lui nessuna colpa. Ma voi avete l'usanza che io vi rilasci uno in occasione della Pasqua. Volete dunque che vi rilasci il re dei Giudei?». Allora tutti, di nuovo, gridarono dicendo: «Non costui, ma Barabba». Il Vangelo aggiunge: «Barabba poi era un ladro».

E Kelsen continua: «Per quelli che credono nel Figlio di Dio e nel re dei Giudei quale testimone della verità assoluta, questo plebiscito è certo un forte argomento contro la democrazia. E questo argomento, noi scienziati politici, dobbiamo accettarlo. Ma soltanto ad una condizione: di essere così sicuri della nostra verità politica da imporla, se necessario, con il sangue e con le lacrime, di essere così sicuri della nostra verità, come lo era, della sua, il Figlio di Dio»[130].

[130] H. KELSEN, *Assolutismo e relativismo nella filosofia e nella politica*, in *La democrazia*, cit., pp. 452-453.

Non solo. Se davvero esiste il custode del Bene assoluto, allora più che privo di senso, più che illogico, è addirittura immorale riservare alla maggioranza la facoltà di discernere da sé il bene dal male. È forse morale consentire che creature tanto poco scaltrite dei segreti della vita si perdano nei meandri dell'errore e del peccato? Rimanendo inerte, il depositario del Vero e del Bene non impedisce il male, cioè non impedisce che quelle creature si facciano del male; non impedendolo se ne rende obiettivamente complice. Ecco perché la sua inerzia è immorale. Il confidente del Bene assoluto è perciò gravato da un compito moralmente ineludibile: quello di porsi alla testa dei comuni mortali e di guidarli verso la salvezza finale. Chi devia da questo tragitto danna la propria anima perché è destinato a percorrere i sentieri della perdizione. Ma tale, evidentemente, non potrà essere che la sorte di una mente distorta, di un pazzo. Solo il pazzo è incapace di attendere alla propria salute spirituale. Solo il pazzo o il malvagio dedito al crimine. E dai pazzi e dai criminali la società si difende con l'intervento dei psichiatri e dei carcerieri. Manicomi e prigioni: ecco le risposte che l'assolutismo riserva ai devianti. È indubbio allora che la forma di governo più confacente a questo modo di pensare è l'autocrazia perché proprio nei regimi autocratici «la verità è unica, scende dall'alto, non ammette confutazioni, e quindi deve essere imposta anche ai recalcitranti per il loro bene, cioè per la salvezza, se non sempre dei loro corpi, delle loro anime»[131]. Ha scritto Gaetano Salvemini: «Colui che è convinto di possedere il segreto per rendere l'uomo virtuoso e felice e che è alla testa di un partito che predica la sua infallibilità, deve essere sempre pronto ad uccidere. Robespierre era un uomo di fede»[132].

Di ben altra natura, invece, è il regime politico «congeniale»[133]

[131] N. Bobbio, *Salvemini e la democrazia*, in *Atti del convegno su Gaetano Salvemini*, Il Saggiatore, Milano 1972, p. 122.

[132] G. Salvemini, *Scritti sul fascismo*, vol. II, Feltrinelli, Milano 1966, p. 550.

[133] Spiega Kelsen: «non sostengo che esista un nesso *necessariamente logico* tra democrazia e relativismo empirico da una parte, e autocrazia e assolutismo metafisico dall'altra. La relazione che io sostengo esistere tra i due sistemi

all'atteggiamento mentale del relativista. E infatti – come fa notare Kelsen – «se la verità assoluta e i valori assoluti si considerano inaccessibili alla conoscenza umana, allora non solo si può ritenere quanto meno possibile la propria opinione, ma si deve ritenere possibile l'altrui, opposta opinione»[134]. Un sistema concettuale che ignora la Verità – una Verità tanto assoluta quanto immutabile – deve riconoscere la legittimità delle opinioni opposte perché non può logicamente escludere che l'errore di oggi divenga la verità di domani, e viceversa. Il relativista è indotto da ciò ad offrire il proprio sostegno al regime politico che tutela i diversamente pensanti, gli oppositori. E l'unica forma di governo che accorda la protezione giuridica agli «eretici» è la democrazia giacché – sono parole di Kelsen – uno «dei principi fondamentali della democrazia è che ognuno deve rispettare l'opinione politica degli altri»[135]. Il dissenziente, in democrazia, non è né un pazzo né un criminale, ma un interlocutore da rispettare perché portatore, forse, di un pizzico di verità; di una verità per l'appunto relativa e che, al pari delle altre verità anch'esse relative, ha diritto di esprimersi e di concorrere per la conquista del consenso della maggioranza. Ma poiché per esprimersi e concorrere essa ha bisogno di precise libertà (di pensiero, di parola, di stampa, di riunione ecc.), e siffatte libertà sono retaggio del patrimonio liberale, ne segue che la democrazia che si adatta meglio all'atteggiamento mentale del relativista è quella che fa suoi tutti gli attributi del liberalismo politico.

politici e i due sistemi filosofici corrispondenti, può ben essere definita di *congenialità*» (*I fondamenti della democrazia*, cit., p. 265). Poiché la «congenialità» non è un concetto logico, quella di Kelsen è una *giustificazione* e non una *fondazione* della democrazia. «La fondazione – ha precisato Francesco Barone – richiama una rigorosa derivazione logica (...) la giustificazione, invece, è qualcosa che si vale bensì di argomentazioni che mostrano la plausibilità di ciò che si vuole giustificare, senza tuttavia rivelarne la necessità logica» (*Può la scienza fondare la democrazia?*, in *Mondoperaio*, luglio-agosto 1982).

[134] H. KELSEN, *Il primato del parlamento*, cit., p. 55.

[135] H. KELSEN, *I fondamenti della democrazia*, cit., p. 261.

Ora, il tratto distintivo della liberal-democrazia è che la maggioranza parlamentare governa senza intaccare il diritto della minoranza di prendersi la rivincita e divenire così a sua volta maggioranza. In questo modo, chi ha perso una volta non si trova nella necessità di dichiarare *forfait*, di gettare la spugna: le preferenze degli elettori, appunto perché relative, possono sempre mutare e nulla esclude che esse insedino al potere chi prima ne era stato escluso. La democrazia liberale si caratterizza per una serie di tecniche legislative che, favorendo l'avvicendamento, limitano il dominio del gruppo dirigente. In un regime liberal-democratico, perciò, il potere dei vincitori non è mai assoluto; la vittoria non attribuisce una signoria illimitata sui vinti; i vincitori prevalgono, sì, sui vinti ma anche i vinti contano, posto che un domani potranno essere essi a cantar vittoria. È chiaro, a questo punto, che più la minoranza «conta» e più essa non ha timore di esternare le sue ragioni; e sono ragioni che, non bisbigliate in clandestinità, ma proclamate a voce alta in Parlamento, finiscono sovente per incidere sull'orientamento della maggioranza. «Se la minoranza non è eliminata dal procedimento con cui viene creato l'ordinamento sociale – spiega Kelsen – c'è sempre la possibilità che essa influenzi la volontà della maggioranza. È quindi possibile impedire, in una certa misura, che il contenuto dell'ordinamento sociale determinato dalla maggioranza sia in opposizione assoluta con gli interessi della minoranza. Questo è un elemento caratteristico della democrazia»[136]. Ecco perché, nella sua più intima natura, quella democratica è una tipica politica di compromesso; una politica cioè che, secondo Kelsen, scaturisce da una continua discussione tra la maggioranza e la minoranza, e che risolve i conflitti mediante provvedimenti che non sono né interamente conformi agli interessi di una parte (la maggioranza), né interamente contrari agli interessi dell'altra (la minoranza). Orbene, nulla più del compromesso si addice alla concezione relativistica del mondo. Per il relativista – come si è detto – non esiste il Bene assoluto da una parte e

[136] H. KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, cit., p. 292.

il Male assoluto dall'altro; egli invece è a conoscenza di un bene relativo, spesso impastato con un male ed un errore altrettanto relativi. Di qui la sua propensione a conciliare i punti di vista contrastanti, «nessuno dei quali può essere adottato integralmente e senza riserve, con la negazione totale dell'altro»[137]. Il relativista – per riprendere le parole bellissime di Bobbio – «non riesce a vedere il mondo (...) spaccato in buoni e malvagi. Se gli si chiedesse dove sta la verità, dove sta il bene, dove sta il giusto, risponderebbe che non sta né da una parte né dall'altra, ma è mescolato con la menzogna, con il male, con l'iniquità tanto di qua che di là. Onde il compito, nobilissimo, di rompere i blocchi, d'impedire le chiusure e le fratture, d'invocare la tolleranza»[138].

La tolleranza: ecco il punto decisivo. L'inclinazione al compromesso propria della politica democratica postula la tolleranza, cioè a dire la massima apertura mentale, e questa apertura mentale è la prerogativa di chi, rassegnandosi alla non conoscibilità dell'Assoluto, è disposto *con umiltà* a discutere di tutto con tutti. « In definitiva – avvertiva Kelsen – a noi uomini non resta che questo: di fronte ai limiti posti alla nostra conoscenza *la rassegnazione*, e nella nostra attività sociale *la tolleranza*»[139]. Alla luce di tutto quello che si è detto finora, la conclusione può venir formulata così: l'atteggiamento mentale più congeniale alla democrazia è quello che rinuncia alla sicumera tracotante degli assolutisti, e proprio per questo pone la tolleranza al vertice dei suoi valori. Non è certo un caso che il lascito spirituale di Kelsen – relativista come pochi altri mai furono – suoni come un'apologia della tolleranza. Kelsen concluse con queste parole la sua ultima lezione universitaria: «non so né posso dire che cosa è la giustizia, quella giustizia assoluta di cui l'umanità va in cerca. Devo accontentarmi di una giustizia relativa e posso soltanto dire cosa è per me la giustizia. Poiché

[137] H. KELSEN, *Il primato del parlamento*, cit., p. 58.
[138] N. BOBBIO, *Politica e cultura*, Einaudi, Torino 1974, p. 134.
[139] H. KELSEN, *Il problema del parlamentarismo*, cit., p. 180.

la scienza è la mia professione, e quindi la cosa più importante della mia vita, la giustizia per me è quell'ordinamento sociale sotto la cui protezione può prosperare la ricerca della verità. La *mia* giustizia è la giustizia della libertà, la giustizia della democrazia: in breve, la giustizia della tolleranza»[140].

La critica al relativismo kelseniano

Dal relativismo alla tolleranza, dunque, e dalla tolleranza alla società democratica: sono questi i passaggi – solo apparentemente logici – della costruzione kelseniana. In realtà, a non lasciarsi conquistare dal fascino di un'architettura che, pure, incanta per l'armonia delle sue forme, a voler picchiare con le nocche sulle sue strutture portanti per saggiare quel che c'è dietro, se il gesso, la pietra viva o il vuoto, insomma a volerne sperimentare la solidità, ci si accorge che almeno in un punto l'edificio è malsicuro e non regge alla prova del collaudo. Ed è il punto in cui, attraverso la tolleranza, Kelsen collega il relativismo alla società democratica, quasi che a fondamento di quest'ultima potessero esserci valori e credenze relative. E invece – come già ammoniva Tocqueville – le credenze «sono più o meno numerose secondo i tempi. Nascono in modi diversi e possono cambiare di forma e di contenuto; ma non si può far sì che non esistano, ossia che non esistano opinioni che gli uomini accettano sulla fiducia e senza discutere. Se ognuno si mettesse personalmente a costruirsi tutte le proprie opinioni e a ricercare la verità facendosi strada da solo, è probabile che mai molte persone si sarebbero riunite in una credenza comune. Ebbene – continuava – è facile accorgersi che non c'è società che possa prosperare o meglio, che possa sussistere senza credenze simili, giacché senza idee comuni non c'è azione comu-

[140] Cit. da M.G. Losano, *Forma e realtà in Kelsen*, Comunità, Milano 1981, p. 173.

ne e, senza azione comune, esistono sì gli uomini, ma non un corpo sociale»[141].

In questo senso, il relativismo laico è sociologicamente inattendibile. Attenzione: sociologicamente, non gnoseologicamente insostenibile. Il tentativo di assicurare un fondamento oggettivo ai valori e alle credenze morali, questo tentativo di ascendenza giusnaturalistica lascia il tempo che trova, e in ogni caso non segna l'orientamento di chi scrive. Veramente i valori sono relativi e non c'è verso di dimostrarli *more geometrico*[142]; ma perché fermentino nella coscienza sociale e di qui trascorrano a vivificare il sistema politico, occorre che siano vissuti come altrettante credenze assolute ed indiscutibili[143]. Piaccia o meno, la società

[141] A. DE TOCQUEVILLE, *La democrazia in America*, cit., p. 496. Sull'importanza che Tocqueville attribuisce alle credenze e sulle funzioni che esse assolvono in una società democratica, sia consentito rinviare al mio *Democrazia e religione nel pensiero di Tocqueville*, ora in *Democrazia e valori morali*, ESI, Napoli 1988, pp. 11-43.

[142] Il perché lo ha spiegato Norberto Bobbio in un saggio davvero splendido per la logica stringente ed incalzante con cui egli demolisce la «fallacia giusnaturalistica». Per ogni ulteriore approfondimento rinvio dunque al suo *Sul fondamento dei diritti dell'uomo*, in *Il problema della guerra e le vie della pace*, Il Mulino, Bologna 1979, pp. 119-130. Il medesimo saggio l'Autore l'ha rifuso in *L'età dei diritti*, Einaudi, Torino 1990, pp. 5-16.

[143] Da questo punto di vista, le critiche che i cattolici rivolgono a Kelsen sono fondate solo in parte. Certo, essi hanno ragione di ricordare con Maritain che «nessuna società può vivere senza una fede pratica comune in quelle verità che sono la libertà, la giustizia, la legge e gli altri principi della democrazia» (J. MARITAIN, *Tolleranza e verità*, in *Il filosofo nella società*, Morcelliana, Brescia 1976, p. 62). E quindi si capiscono bene le inquietudini di Roberto Gatti quando paventa che la democrazia kelseniana, caratterizzata com'è da una «incomponibile molteplicità di concezioni del mondo», rischia di frantumarsi «al suo interno» e di «dar luogo a tensioni sempre più laceranti che finiscono per metterne in forse la stessa stabilità interna» (R. GATTI, *Pensare la democrazia*, Editrice A.V.E., Roma 1989, p. 69). Il discorso cambia però, ed è assai più difficile condividerlo, quando Gatti ritiene che il relativismo di Kelsen disattenda «le valenze autentiche e gli obiettivi veramente qualificanti della vita politica» (*Ibid.*) Qualificanti e autentici per chi? Per gli interpreti cattolici della democrazia o per i cittadini che qui si trovano a vivere? Questo è l'interrogativo: a scongiurare il rischio della disgregazione anarchica è sufficiente l'*idem*

non è un'accademia di scienziati; è una comunità di uomini che, in generale, non sanno cosa farsene delle verità sperimentali e delle verifiche empiriche. La corrispondenza delle teorie ai fatti è cosa che soddisfa ben pochi perché è faticosa e, appunto, relativa. Ecco perché se ben possono aversi individui che «al vacillante chiarore del cerino acceso della loro ragione»[144], procedono alla ricerca – mai definitiva – della verità, non è possibile che un intero popolo rinunzi ad un sistema di credenze dogmatiche che, solo, lo pone al riparo da delusioni e da dubbi. Per

sentire, la fede comune, una fede senz'altra qualificazione che – appunto – quella di essere comune, o c'è bisogno che tale fede attinga ai dogmi del cattolicesimo? Che cioè oltre ad essere comune sia anche cattolica? A seguire Maritain, la giusta soluzione è la seconda. È assai istruttivo, per esempio, quel che egli scrive a proposito della democrazia statunitense: «forse perché in America il cristianesimo ha assunto forme diffuse e diluite, tanto da essere spesso soltanto un ingrediente sentimentale della morale umana, la scissione tra principio democratico e principio cristiano non si è fatta mai sentire così intensamente come in Europa». E aggiunge: «il problema,per l'America, è rimettere il cristianesimo al livello delle esigenze divine e risollevare fino all'altezza della croce di Cristo il potenziale religioso e spirituale della sua democrazia» (J. MARITAIN, *Cristianesimo e democrazia*, *Vita e pensiero*, Milano 1981, pp. 24-25). Di grazia, perché «il problema *per l'America*»? Cosa c'entra l'America? Il problema assilla i cattolici, non certo la democrazia statunitense. Che fino a prova contraria non deve fronteggiare la minaccia di un nemico interno che ne contesti i principi primi. Non risulta che sul cosmo dell'ordine americano incomba il caos dell'anomia; e allora, perché invocare «la croce di Cristo»? La verità è che tra le volute di un linguaggio oscuro ed allusivo, si intravede l'insoddisfazione di Maritain (e presumibilmente dei suoi seguaci) per una fede che, *ancorché assicuri la coesione sociale*, si risolve in un insieme di sensazioni dolci e delicate. No, a suo avviso non l'intrico di aspirazioni umanitarie ma la religione, la religione che si solidifica in enunciati dogmatici, che si pietrifica nel sacro, la religione cattolica insomma deve presiedere allo svolgimento della politica democratica. Che perciò, ad onta della sua carica spirituale, rimane mutila ed inautentica finché la «croce di Cristo» non intervenga a dirigerne le movenze e ad organizzarne le finalità. Di qui, a stretto rigore di logica, gli accordi, le convenzioni, i concordati e quanto altro coinvolga la Chiesa di Pietro nelle vicende dello Stato. Con buona pace della laicità, che, pure, è uno di quei valori acquisiti alla coscienza occidentale in generale, e a quella americana in particolare.

[144] E. ROSSI, *Elogio della galera*, Laterza, Bari 1968, p. 291.

essere tale, e cioè stabile e durevole, la società non può dubitare: deve credere, ossia deve assoggettarsi alle stesse, comuni, fondamentali norme morali.

È significativo che Kelsen non disdegni questa argomentazione. Significativo e sorprendente. C'è una sua pagina, infatti, che parrebbe scritta da Durkheim tanto egli insiste sulla derivazione sociale e quindi sul carattere collettivo dei principi etici. Questa è la «sporgenza» cui accennavamo prima, la pietra d'appoggio che ci consente, ad un tempo, di denunciare l'aporia kelseniana e di proporre una diversa versione della tolleranza, forse più consona alla costituzione spirituale della società. Che i valori siano soggettivi, molto diversi l'uno dall'altro e inconciliabili fra loro – scrive Kelsen – «non significa che ogni individuo ha il suo proprio sistema di valori: moltissimi sono infatti gli individui che nei loro giudizi di valore si trovano d'accordo. Un sistema positivo di valori *non è una creazione arbitraria dell'individuo isolato, ma sempre il risultato della reciproca influenza* che gli individui esercitano ognuno sull'altro entro un dato gruppo, sia esso la famiglia, la tribù, la classe, la casta, la professione, e in certe circostanze politiche ed economiche. Ogni sistema di valori, specialmente un sistema di morale e la sua idea centrale della giustizia, *è un fenomeno sociale, il prodotto di una società*»[145]. Ecco la contraddizione: a dispetto di quanto aveva affermato in precedenza, ora Kelsen esclude che gli imperativi etici siano assunti autonomamente dagli uomini e riconosce

[145] E Kelsen continua così: «Il fatto che in una certa società vi siano certi valori generalmente accettati non contraddice in alcun modo il carattere soggettivo e relativo di questi giudizi di valore. Che nei loro giudizi di valore molti individui vadano d'accordo non prova che questi giudizi siano corretti, cioè veri in un senso oggettivo. Proprio come il fatto che molte persone credono, o erano solite credere, che il sole gira intorno alla terra non è, o non era, una prova della verità di questa idea. Sia il criterio di giustizia sia quello di verità non dipendono dalla frequenza con la quale si danno giudizi di valore o giudizi di realtà» (*La metamorfosi dell'idea di giustizia*, ora in *L'anima e il diritto*, a cura di Agostino Carrino, Edizioni Lavoro, Roma 1989, p. 100).

invece che è la società e non l'individuo a selezionare i valori, ed è la società – grazie soprattutto alla famiglia e alla scuola – ad iniettarli nelle coscienze dei singoli. Per il tramite dei genitori e dei maestri è la stessa collettività che plasma la personalità umana e la predispone al bene (più precisamente: a ciò che in un dato momento si considera bene). Sono i genitori e i maestri che educano al rispetto di determinati modi di agire, di pensare e di sentire; sono essi, quindi, che insegnano ad osservare i «codici» della vita civile. «Qualsiasi educazione – ha scritto Durkheim – consiste nello sforzo continuo per imporre al fanciullo dei modi di vedere, di sentire e di agire ai quali non sarebbe arrivato spontaneamente. A partire dai primi tempi della sua esistenza, noi lo costringiamo a mangiare, a bere, a dormire a ore regolari; lo costringiamo alla pulizia, alla calma, all'obbedienza; più tardi, lo costringiamo a tener conto degli altri, a rispettare gli usi, le convenienze; lo costringiamo al lavoro ecc. ecc. (...). La pressione di tutti gli istinti che subisce il fanciullo, altro non è che la stessa pressione dell'ambiente sociale che tende a plasmarlo a sua immagine e somiglianza e del quale i genitori e i maestri non sono che i rappresentanti e gli intermediari»[146]. Va da sé che le regole imposte con l'educazione non sono una creazione estemporanea della società, né tanto meno l'elaborazione originale di una qualsiasi mente superiore. Non vengono alla luce *ex abrupto* ma si trasmettono, con lentissime modifiche, di generazione in generazione. In tal guisa, i nuovi venuti, i fanciulli, sono i depositari di esperienze secolari, i custodi di un passato lontano che rivive negli insegnamenti dei loro genitori e dei loro maestri. Così forgiate le loro personalità vengono abilitate a far parte del consorzio umano; ad un certo punto, le regole del costume, i principi della morale, le credenze, divengono per essi una specie di seconda natura, di fatti naturali che non è abitudine discutere, precisamente come non si suole discutere il calore del sole o il freddo della neve.

[146] E. DURKHEIM, *Breviario di sociologia*, Newton Compton Italiana, Roma 1971, p. 56.

Allora, tornando a noi: se è vero che la tolleranza è la caratteristica prima della società liberal-democratica e che tale società riposa su valori e credenze che per loro natura sono indiscutibili[147], se tutto questo è vero, ne deriva l'impossibilità di utilizzare gli argomenti kelseniani. Perché è proprio dalla discussione, dal confronto e dal dialogo che Kelsen deriva il principio della tolleranza[148]. Sia consentito ricordare come egli giustifichi questo principio e per quale via giunga a perorarne la causa: la verità

[147] «Quando crediamo veramente in qualcosa – ha scritto Ortega y Gasset – non ci occorre cercare ragioni per questa fede. Ciò significherebbe sollevare una discussione, e la credenza è indiscutibile (...). Quando incominciamo a credere, ci viene iniettata dalla società alla quale apparteniamo, e quando incominciamo ad agire l'abbiamo già dentro di noi. Ciò spiega il perché non necessiti di ragioni e perché non sappiamo per quali vie mentali – prove, motivazioni, esperienze – siamo giunti ad essa. In una credenza non si entra, ma da sempre ci si trova magicamente in essa» (*Storia e sociologia*, Liguori, Napoli 1983, pp. 232-233).

[148] E non solo Kelsen per la verità. Tanto per rimanere nei patri confini, e fatte le debite distinzioni, lo stesso discorso vale per il laicismo di Guido Calogero. A giudizio del quale la «volontà di dialogo deve sempre andare al di là di ogni logo, cioè di ogni fede». Il fedele «deve sempre ammettere di poter essere convertito dall'altro, così come l'altro deve sempre ammettere di poter essere convertito da lui» (*Filosofia del dialogo*, Comunità, Milano 1962, p. 285). Belle parole, non c'è che dire. Veramente belle. Ma è il caso di aggiungere: troppo belle per essere vere. E difatti non lo sono. Perché, piaccia o meno, è falso che solo l'etica del laicismo «può davvero assicurare la coesistenza degli uomini» (*ibid.*, p. 284). Se davvero «tutto può essere discusso, salvo il diritto di discutere» (*ibid.*, p. 285), se veramente «gli uomini di una società si mettono a ragionar di tutto, si può essere certi che quella società è prossima alla sua dissoluzione». Queste ultime parole, come è ovvio, non sono di Calogero. Meno ovvio, invece, è che non appartengono né ad un tradizionalista cattolico né ad un qualsiasi altro avversario del liberalismo. Furono pronunciate da Luigi Einaudi. Quanto più attento ai fatti, dunque, l'economista piemontese! E quanto più sensibile alle leggi dell'umana convivenza! (L. Einaudi, E. Rossi, *Carteggio*, Fondazione Luigi Einaudi, Torino 1988, p. 104). Sulla sensibilità «sociologica» di Einaudi – ma questo termine egli non l'amava – su tale sensibilità rinvio al documentatissimo lavoro di Giancarlo Pagano, *Einaudi e il socialismo*, Bibliopolis, Napoli 1992.

– sostiene Kelsen – forse esiste; ma né io né il mio interlocutore la possediamo. Se però discutiamo e correggiamo reciprocamente i nostri errori, possiamo sperare di avvicinarci ad essa. Il che comporta il dovere di intendere gli altri e di trarre giovamento dalle loro critiche. Come ogni dovere, anche questo impone un sacrificio, e peraltro il sacrificio più oneroso che possa capitare di sostenere: quello di lasciar frugare nel tesoro delle proprie certezze, di permettere che il prossimo lo rovisti e rovistandolo scopra che l'oro – ciò che credevamo oro – è soltanto metallo laccato. È uno stile di vita nobile e generoso. Già: ma è troppo nobile e generoso per compiacere le attitudini della folla. Quanti sono disposti ad aprire lo scrigno delle loro ricchezze? Quanti sanno rendersi trasparenti agli altri perché gli altri li guardino dentro e magari mettano tutto a soqquadro?

È proprio qui il limite della tolleranza kelseniana: nell'ignorare l'indole delle genti. Ripetiamolo: un uomo o un gruppo di uomini può coltivare convincimenti tremuli, mai sicuri e sempre pericolanti. Insomma, può vivere senza verità definitive, diciamo pure senza fede, senza verità religiose (o interiorizzate come tali). Ma le moltitudini no, non ne possono fare a meno perché per loro natura hanno bisogno dell'assoluto e del certo come dell'aria che respirano. Veramente «può esistere una fede la cui unica certezza sia il rispetto di tutte le altre fedi?»[149].

Ma allora, qual è questa certezza, quale l'assoluto? E soprattutto: posto che esista, come si concilia l'assoluto con la tolleranza? Dopotutto, chi crede nella bontà assoluta dei suoi valori è assolutamente intollerante verso chi glieli contesta.

Quindi, da un lato le collettività liberali – come ogni collettività – necessitano dell'assoluto; dall'altro siffatto assoluto le rende intolleranti e perciò poco disposte a secondare i dispositivi liberali; quei dispositivi che, istituzionalizzando il dissenso, postulano invece la tolleranza. Insomma: se c'è l'assoluto – cioè il collante della società – manca la tolleranza; e per converso se c'è

[149] D. Settembrini, *Storia dell'idea antiborghese in Italia. 1860-1989*, Laterza, Bari, 1991, p. 388.

la tolleranza difetta l'assoluto. Il problema pare insolubile. A meno che...

A meno che non soccorra un principio – assoluto, si capisce – che, pure partecipa della consistenza del dogma, della fede o della verità religiosa, ma che del dogma della fede o della verità religiosa rifiuta le frenesie della prevaricazione e le asprezze dell'intolleranza. Dell'*intolleranza giuridica*: ecco il punto. Una cosa, infatti, è l'intolleranza giuridica e altra cosa è l'intolleranza intellettuale. Sicché, sta bene dire che le collettività liberali – in quanto collettività – sono intolleranti e non possono atteggiarsi altrimenti. Purché si precisi che, fatta salva la repressione delle rivolte armate, di intolleranza intellettuale si tratta. E che l'intolleranza intellettuale non calpesta affatto i valori del liberalismo. Perché il principio liberale della tolleranza è un dovere giuridico e non necessariamente un obbligo morale.

Il liberale non è un uomo dai convincimenti fiacchi e svigoriti, pronto a cedere agli argomenti dei suoi contraddittori. Come i suoi contraddittori – come ad esempio il cattolico più ostinatamente integralista – anche il liberale coltiva una precisa visione del bene; e proprio come il cattolico, anche il liberale non è disposto a compromettere *sul piano intellettuale* il suo vero e il suo bene con il vero e il bene degli altri. Quel che è vero e bene per il cattolico, può non essere tale per lui; può apparirgli come l'errore e il male, e con l'errore e il male l'uomo moralmente integro non deve transigere mai. Dall'intransigenza intellettuale, però, egli non deriva l'intolleranza giuridica. Il liberale non accetta che la sua verità divenga causa di restrizione dell'altrui indipendenza, e perciò non si arroga il diritto di imporre alcunché – foss'anche il bene più prezioso – a suon di cazzotti o di randellate. Difende, questo sì, l'inflessibilità – o se più piace chiamarla così – l'«intolleranza» intellettuale ma respinge l'intolleranza giuridica. E la respinge non già perché le idee altrui gli siano indifferenti (se gli fossero indifferenti non tarderebbe a «compromettersi» con esse); no, le respinge perché egli non riconosce a nessuno, nemmeno a se stesso, il diritto di imporre la virtù e la felicità con le leggi e la forza della armi. La virtù

è veramente tale se nasce dallo sforzo consapevole che ciascuno compie per perseguirla. Imposta con le baionette abbrutisce e perverte la dignità dei singoli. Ecco donde origina la tolleranza: dalla sollecitudine per la dignità morale dell'altrui persona. Non dall'indifferenza, dunque, e neppure dalla disponibilità a rivedere le proprie certezze (che, come sappiamo, non rientra tra le prerogative dell'uomo medio), ma dal convincimento profondo che in ognuno, che in ogni individuo, vi è qualcosa di irraggiungibile e di inviolabile. E questo qualcosa di irraggiungibile e di inviolabile è il sacrario della sua coscienza morale.

Quali che siano i suoi valori, quali che siano le sue credenze, l'individuo è sacro e come tale va rispettato e protetto: questo è il principio assoluto della civiltà liberale. Il liberalismo, dunque, è una fede. Una fede come le altre, che come le altre fedi soddisfa l'ansito di assoluto che sale dagli uomini riuniti in società. Il liberalismo è la fede nell'individuo. A differenza delle altre, però, questa liberale è una fede che non ammazza perché è una fede che comanda di rispettare *non la fede degli altri, ma gli altri qualunque sia la loro fede.*

In questo senso, la tolleranza è l'espressione ultima e per così «riassuntiva» di un compiuto sistema morale, di quel sistema morale che permea le istituzioni giuridiche e che va sotto il nome di *individualismo etico*. Individualismo perché, come si è visto, pone l'individuo al centro della sua attenzione; etico perché riconosce che egli è sacro e che perciò va salvaguardato sempre, anche quando – e soprattutto quando – manifesta opinioni diverse dalle nostre. Di qui il diritto al dissenso. Ed è precisamente dal diritto al dissenso che sorgono le libertà politiche e personali che caratterizzano le Costituzioni liberal-democratiche. I diritti che originano dal libero dissenso non sono divisibili: l'uno tira l'altro. Che razza di dissenso può mai aversi là dove non viene garantita la libertà di stampa, di riunione, di associazione? Il dissenso, dunque, postula le libertà politiche. Ma alle libertà politiche si associa necessariamente il diritto di rappresentanza delle opposizioni. L'esercizio della facoltà di stampa, di associazione ecc., fa infatti lievitare il malcontento, e

se il malcontento non ha la possibilità di organizzarsi in opposizione, prima o poi finisce per alimentare la violenza di una rivoluzione. E l'opposizione non si soffoca forse con un potere che sottometta a controllo minuzioso la vita privata di chi è sospettato di essere un oppositore? Come stroncare l'oppositore se non violando, per esempio, il domicilio, la segretezza della corrispondenza e tutte le altre garanzie giuridiche che presidiano la *privacy* individuale? Il dissenso, come si vede, presuppone le libertà politiche. Le libertà politiche implicano il diritto di rappresentanza delle opposizioni. E il diritto delle opposizioni rende sicure le libertà individuali. Perciò si dice che le libertà democratiche sono solidali fra loro: *simul stabunt aut simul cadent!*

E a questo punto il quadro è completo. Qui ci troviamo dinanzi ad una catena i cui anelli sono strettamente legati gli uni agli altri: istituti rappresentativi, libertà politiche e diritti personali principiano dal libero dissenso. Il dissenso, a sua volta, è il precipitato giuridico del valore-tolleranza, la quale tolleranza suggella il sistema morale che cementa le società democratico-liberali e ne sostiene le relative Costituzioni: l'individualismo etico, appunto.

Non la Costituzione, dunque, ma l'individualismo etico tiene unite le moderne democrazie[150]. Oppure, se proprio voglia-

[150] «Non solo l'individualismo non è l'anarchia – ha ammonito Durkheim – ma è ormai il solo sistema di credenze che possa assicurare l'unità morale del paese (...). In seguito ad una divisione del lavoro più sviluppata, ogni spirito si trova indirizzato verso un punto differente dell'orizzonte, riflette un aspetto differente del mondo e, per conseguenza, il contenuto delle coscienze differisce da un soggetto all'altro. Ci si incammina a poco a poco verso uno stato, che è attualmente quasi raggiunto, in cui i membri di un medesimo gruppo sociale non avranno più nulla in comune fra loro eccetto la loro qualità d'uomo, gli attributi costitutivi della persona umana in generale. Questa idea della persona umana (...) è dunque l'unica che si mantiene, immutabile e impersonale, al di sopra dell'onda mutevole delle opinioni particolari; e i sentimenti che essa suscita sono i soli che si trovano pressoché in tutti i cuori. La comunione degli spiriti non può più fondarsi su riti o pregiudizi definiti, in quanto riti e pregiudizi sono travolti dal corso delle cose; in seguito a ciò non resta più nulla che gli uomini possano amare e onorare in comune, se non l'uomo stesso. Ecco come *l'uomo è divenuto un dio per l'uomo* e perché non può più, senza mentire

mo rendere omaggio a Kelsen, possiamo anche riconoscere che a fondamento degli assetti democratici stia la Costituzione; purché questa non venga mutilata e ridotta ad un affastellato di procedure. La società, ogni società, ivi inclusa quella democratica, è innanzitutto una comunità morale; solo se condividono gli stessi costumi, le medesime credenze, gli identici valori, i cittadini si trasformano da individui privi di legami affettivi in altrettanti socii che cooperano al perseguimento di fini collettivi. È questa comune sostanza spirituale che salda i loro rapporti. Sostanza spirituale, abbiamo detto. E dunque, come possono le forme supplire la sostanza e i procedimenti giuridici rimpiazzare le credenze? Se veramente fosse solo un ingranaggio di procedure, in che modo la Costituzione potrebbe «fondare» la democrazia? Per quale misteriosa virtù dovrebbe assicurarne la coesione? E allora, delle due l'una: o il costituzionalismo liberale è ben altro e ben più che un espediente tecnico, semplicemente procedurale, neutro e quasi diremmo agnostico, o non è ad esso che si può ascrivere il vincolo sociale. Come può l'agnosticismo fortificare i legami collettivi? Non si è detto che la società postula la comunione degli spiriti? Che ad unire gli uomini provvedono le credenze? E forse che le credenze sono fatte per il temperamento dubbioso degli agnostici? Dunque, se davvero poggiassero sui congegni «agnostici» della Costituzione, già da tempo le democrazie liberali sarebbero precipitate nel baratro della dissoluzione anarchica. Ma poiché, a tutt'oggi, niente lascia presagire questa rovinosa caduta, e poiché si vuole (Kelsen vuole) che le società democratiche riposino sulle procedure costituzionali, ne segue che queste ultime non si compen-

a se stesso, costruirsi altri dei. E come ciascuno di noi incarna una parte dell'umanità, ogni coscienza individuale ha in sé qualcosa di divino, e si trova così caratterizzata da una specificità che la rende sacra ed inviolabile agli altri (...). Così l'individualismo, che difende i diritti dell'uomo, difende nello stesso tempo gli interessi vitali della società (...) *La religione dell'individuo* – concludeva Durkheim – è l'unico legame che ci unisce gli uni agli altri; la sua debolezza non può essere accompagnata che da un inizio di dissoluzione sociale» (E. DURKHEIM, *La scienza sociale e l'azione*, Il Saggiatore, Milano 1970, pp. 287-293).

diano affatto in mere forme, in gusci vuoti privi di sostanza. La verità è che le procedure costituzionali sono il precipitato giuridico di determinati valori morali. Se tali valori pervadono la comunità, se informano di sé l'*ethos* collettivo, l'operatività delle regole è assicurata e la democrazia funziona. Questa, dunque, non si risolve mai *interamente* in un complesso di procedure; richiama invece determinati valori, e precisamente quei valori che sono tradotti nelle formule apparentemente asettiche delle regole del giuoco e che, soli, consentono ad esse di funzionare. In questo senso, come si è avvertito fin dall'inizio, la democrazia liberale è meno «formale»e più «sostanziale» di quanto Kelsen la consideri; rinvia ad una sostanza – ecco che ritorna la «sostanza spirituale» –, rimanda cioè agli ideali e ai valori che presiedono all'unità morale della collettività e che la Costituzione scolpisce nelle sue formule giuridico-procedurali.

La Costituzione, quindi. Proprio al vertice della democrazia, di una democrazia che Kelsen ha costruito come un edificio che si innalza in alto, troppo in alto, fino a staccarsi dalla sensibilità collettiva e a perdersi, sottile come un filo di luce, negli spazi infiniti, proprio *in apicibus* dunque, dove l'atmosfera è rarefatta e i rumori del mondo non dovrebbero giungere se non ovattati e remoti, proprio qui invece risuona potente l'eco dei valori morali. Che perciò percorrono tutt'intera la democrazia, dai recessi più oscuri su su, fino alla sua vetta più elevata. In questo senso, le regole democratiche – specie quelle più importanti della Costituzione – non sono assiologicamente insignificanti e quindi non convengono all'incredulità degli scettici né si addicono al distacco degli agnostici. «Come se la democrazia fosse senza valori. La democrazia moderna presuppone il liberalismo (...). Ma il liberalismo non consiste, rispetto ai mezzi, in determinate procedure per la limitazione del potere, e, rispetto ai fini, nella protezione dei diritti dell'uomo? Queste procedure e questo riconoscimento non sono valori?»[151].

[151] N. BOBBIO, *I miei conti con Del Noce*, in *La Stampa* del 31 dicembre 1991.

Chi scrive così è Norberto Bobbio, colui cioè che più di ogni altro si è prodigato per diffondere il pensiero di Kelsen e, con il pensiero di Kelsen, la visione «proceduralistica» della democrazia. È importante che su questo punto il maggiore interprete kelseniano abbia corretto il tiro e rivisto le proprie posizioni. Ed è importante perché – se revisione ha da essere – chissà, forse a Kelsen non sarebbe dispiaciuto che fosse proprio Bobbio a perfezionarne l'insegnamento.

Parte seconda

LA DEMOCRAZIA
LE STRUTTURE GIURIDICHE

Come si è visto, i diritti di libertà sono un requisito imprescindibile delle moderne democrazie (checché talvolta possa averne pensato Kelsen). Si tratta ora di individuare i dispositivi che vigilano su di essi e li salvaguardano dall'arbitrio dei potenti. Prima però c'è un malinteso che va accomodato, quello per il quale lo Stato democratico fa tutt'uno con lo Stato di diritto sicché è a suoi ritrovati che bisogna rimettere la protezione delle libertà individuali. Le cose non stanno così. Perché? Per Stato di diritto (*strictu sensu*) è da intendere lo Stato in cui le autorità giudiziarie e più ancora gli organi amministrativi sono vincolati alle disposizioni di legge. Le autorità giudiziarie e gli organi amministrativi, si badi, non il legislatore. Questi, in punto di principio, non è limitato da alcunché; non da disposizioni che gli impongono il rispetto di determinate procedure (limitazione c.d. formale), e men che meno da norme che circoscrivono la sua competenza materiale, da regole cioè che sottraggono ai suoi imperativi una serie di comportamenti che egli non può né proibire né comandare, e che non potendo né proibire né comandare deve consegnare alla libera disponibilità dei singoli (limitazione c.d. materiale). Il legislatore, quindi, può tutto: ma se può tutto, evidentemente può anche sopprimere i diritti di libertà. L'importante è che tale soppressione venga disposta per legge ed effettuata con le modalità stabilite dalla legge medesima. Lo Stato di diritto, dunque, non è uno Stato limitato dal diritto; è uno Stato,invece, che per mezzo del diritto, attraverso lo strumento della legge, può spingersi là dove gli aggrada, ivi inclusa l'intimità delle coscienze individuali. Il principio dello Stato di diritto – spiega Kelsen «può prevalere sebbene tutta la vita dell'individuo sia regolata da norme giuridiche generali che

prescrivono in dettaglio il suo comportamento in relazione ad altri, limitando perciò grandemente la sua libertà di azione (...) esso non garantisce la libertà degli individui soggetti al governo perché non si riferisce alla relazione tra governo e governati, ma ad una relazione nell'ambito del governo stesso, a quella tra funzione creativa ed applicativa del diritto: il suo scopo (...) non è la libertà»[1]; se mai è la certezza, la certezza giuridica, quella certezza che muovendo dalla predeterminazione delle funzioni esecutive imbriglia l'attività dei giudici e degli amministratori fra le prescrizioni della legge. Di una legge purchessia, indipendentemente dal tenore dei suoi comandi e dall'ampiezza delle sue disposizioni. Di conseguenza, è solo la capricciosa discrezionalità degli «esecutori» che qui viene domata, non certo il variabile apprezzamento del legislatore che, anzi, può revocare i diritti di libertà come più gli conviene e quando meglio gli talenta. Ecco perché lo Stato di diritto non è una sicura trincea della libertà; non lo è perché le libertà rimangono alla mercé di un legislatore onnipotente. Il problema decisivo, allora, è di depotenziare l'attività legislativa, di contenerla in limiti che non sono impunemente valicabili, e che se venissero disattesi colpirebbero la validità del comando, invaliderebbero cioè la legge irregolare. La legge irregolare, abbiamo detto. Di qui tre conseguenze: le prime due di ordine teorico, la terza di carattere pratico-giuridico. Procediamo con ordine.

Se si discorre di legge irregolare, se è possibile contestarne la regolarità, è segno che la legge – intendendo come tale la norma generale ed astratta creata intenzionalmente da uno speciale organo centrale[2] – è segno, si diceva, che la legge non si situa al vertice dell'ordinamento statale. E infatti che cos'è la regolarità? La regolarità – spiega Kelsen – è «il rapporto di corrispondenza tra un grado inferiore e un grado superiore dell'ordinamento giuridico»[3].

[1] H. KELSEN, *I fondamenti della democrazia*, cit., p. 346.

[2] Cfr. H. KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, cit., p. 262.

[3] H. KELSEN, *La garanzia giurisdizionale della Costituzione*, ora in *La giustizia costituzionale*, a cura di Carmelo Geraci, Giuffrè, Milano 1981, p. 148.

Una norma è regolare quando risponde alla norma superiore che ne disciplina la creazione. Per esempio, la sentenza (norma inferiore) è regolare se è conforme alla disciplina prevista dalla legge (norma superiore); o come anche si dice, la sentenza è regolare quando viene emessa *in applicazione* della legge. In breve: una norma è regolare quando applica la disposizione che la precede nella gerarchia dell'ordinamento giuridico. Donde ne deriva: *a*) che l'ordinamento giuridico non è un sistema di regole equiordinate le quali, per così dire, vivono a contatto di gomito su di un unico piano normativo; *b*) che, al contrario, esistono molteplici piani di norme subordinati gli uni agli altri: *c*) che la regola del piano più basso, pena la sua irregolarità, è vincolata al rispetto della regola del piano più alto; *d*) che rispettando tali vincoli la norma inferiore *applica* la norma superiore; *e*) che «l'idea della regolarità si attaglia ad ogni grado nella misura in cui esso è applicazione del diritto»[4].

Ciò posto, torniamo al problema della legge regolare. Se, in generale, regolarità significa rispetto del precetto sovraordinato, ne segue che, nel caso specifico, la regolarità della legge deriva dall'osservanza di un comando superiore. Si spiega così quel che si diceva poc'anzi, che cioè l'ordinamento giuridico non principia dalla e con la legge. Con la legge possiamo verificare la regolarità degli atti che la applicano (regolamenti e sentenze), degli atti che le sono immediatamente subordinati ma giammai la regolarità della legge stessa. Non è forse una «petizione di principio» voler misurare un oggetto «con un metro fornito dallo stesso oggetto da misurare»?[5]. La regolarità, o il che è lo stesso, la validità della legge rimanda dunque ad un criterio ulteriore di cui essa è l'applicazione. E tale criterio è fornito dalle norme costituzionali. Al vertice dello Stato, quindi, non troviamo le leggi ma le «superleggi» costituzionali. Grazie ad esse «esiste al di sopra della legalità, una superlegalità, alla quale le leggi ordinarie debbono, per essere valide, conformar-

[4] *Ibid.*
[5] *Ibid.*, p. 146.

si»[6]. In conclusione: la legge è regolare se ed in quanto si «conformi» alla costituzione, se ed in quanto ne applichi le superiori disposizioni.

Creazione ed applicazione del diritto

Ne applichi le disposizioni, dunque. A suo modo, dunque, anche la legge è applicazione del diritto. Ed ecco la seconda conseguenza teorica: è sbagliato contrapporre la creazione all'esecuzione giuridica, la *legis-latio* alla *legis-executio*, quasi che la prima esaurisse la produzione normativa e la seconda applicasse un diritto che è già tutto concluso nel dettato della legge[7]. In realtà, se è vero che l'ordinamento giuridico è costruito a gradi, se è vero altresì che ciascun grado è il fondamento di validità del grado successivo e se è vero che al vertice di siffatta gradazione troviamo non la legge ma la norma costituzionale, se

[6] P. CALAMANDREI, *La illegittimità costituzionale delle leggi nel processo civile*, ora in *Opere giuridiche*, vol. III, Morano, Napoli 1968, p. 355.

[7] La legislazione e l'esecuzione – spiega Kelsen – «non si contrappongono in maniera assoluta, come la creazione del diritto alla sua applicazione, ma in maniera del tutto relativa. Considerata più da vicino, ciascuna di essa si presenta in realtà come atto sia di creazione che di applicazione del diritto. Legislazione ed esecuzione non sono due funzioni statali coordinate ma due momenti gerarchici del processo di creazione del diritto, e due momenti intermedi. Questo processo non si limita infatti alla legislazione ma, iniziando nella sfera dell'ordinamento giuridico internazionale, superiore a tutti gli ordinamenti statali, continua nella costituzione, per concludersi infine, attraverso i momenti successivi della legge e del regolamento e poi della sentenza e dell'atto amministrativo, con gli atti di esecuzione materiale di questi ultimi. Questa enumerazione, della quale ci limitiamo a considerare le fasi intrastatali, vuole solo indicare schematicamente i momenti principali di questo processo, nel corso del quale il diritto regola la propria creazione e lo stato si crea e si ricrea senza posa insieme con il diritto. Costituzione, legge, regolamento, atto amministrativo e sentenza, atto di esecuzione, sono soltanto gli stadi tipici della formazione della volontà collettiva nello stato moderno» (*La garanzia giurisdizionale della costituzione*, cit., pp. 146-147).

è vero tutto questo ne segue che la legislazione è *ad un tempo* creazione ed applicazione del diritto. Creazione in quanto fonte di una norma giuridica (la legge, appunto); applicazione perché la validità di tale norma è subordinata all'esecuzione della costituzione. «La legislazione – scrive Kelsen – è creazione del diritto, ma se si tien conto della costituzione, noi vediamo come essa sia anche applicazione del diritto. In qualsiasi atto legislativo in cui si osservano le disposizioni costituzionali *si applica* la costituzione»[8]. E precisamente come la legislazione è anche esecuzione, così l'esecuzione è anche creazione del diritto. Si consideri la decisione giudiziaria: è vero, la sentenza viene emessa in applicazione della legge, ma nel contempo essa è fonte di diritto; ed è fonte di diritto perché crea la norma individuale con la quale il magistrato dirime la controversia. Sicché ogni atto giuridico – poco importa chi ne sia l'artefice, se il legislatore, il giudice o l'amministratore – è insieme creativo ed applicativo del diritto[9]. Creativo se si guarda verso il basso, verso la norma che viene emanata sulla sua base, ed è applicativo se si guarda verso l'alto, verso la norma sulla cui base esso stesso è stato varato. Di conseguenza non esiste diversità di sostanza tra la legislazione e l'esecuzione; tra le leggi da un lato, e le sentenze

[8] H. KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, cit., p. 135).

[9] Per la verità, non «ogni atto giuridico»; ve ne sono due che fanno eccezione a questa regola: la norma fondamentale e l'atto di esecuzione. La prima è soltanto creativa perchè con essa inizia il sistema giuridico, il secondo è solo applicativo perchè con esso il sistema ha termine. Quella è la norma-prima, che non ha altre norme dietro di sè (e perciò è soltanto creativa); questo è il precetto ultimo che non ha altri precetti davanti a sè (e quindi è solo applicativo). «Se si eccettuano due casi limiti – leggiamo nella *Teoria generale del diritto e dello Stato* – ogni atto è normalmente creativo ed applicativo del diritto al tempo stesso (...) Soltanto quegli atti dai quali non viene stabilita alcuna norma possono essere mere applicazioni del diritto. Di tale natura è l'esecuzione della sanzione in un caso concreto. Questo è uno dei due casi limite. L'altro è costituito dalla norma fondamentale. Questa determina la creazione della prima costituzione; ma, essendo presupposta dal pensiero giuridico, la sua presupposizione stessa non può venir determinata da alcuna norma superiore, e non è quindi un'applicazione del diritto» (*op. cit.*, pp. 135-136).

(e/o gli atti amministrativi) dall'altro non c'è differenza qualitativa. C'è invece una differenza «quantitativa». O per meglio dire ce ne sono due: la prima è che *di solito* la legislazione crea norme generali mentre la sentenza produce norme individuali[10]. La seconda è che il legislatore applica le disposizioni costituzionali, ossia norme per lo più generalissime che gli lasciano un ampio margine di discrezionalità, là dove il giudice è vincolato alla legge, vale a dire ad una disciplina più minuziosa e dettagliata che riduce – ma non soffoca mai del tutto[11] – il suo respiro di libertà creativa. Insomma, mentre nell'attività legislativa la bilancia pende dal lato della libera creazione, nell'attività esecutiva il piatto che pesa di più è quello dell'applicazione vincolata[12]. Tutto ciò, naturalmente, non infirma quello che si è detto in precedenza, nulla toglie alla «consonanza» esistente tra la legislazione e l'ese-

[10] Dico «di solito» perchè – come fa notare Kelsen – i giudici esercitano «una funzione legislativa quando la loro decisione in un caso concreto costituisce un precedente per la decisione di casi consimili. Un tribunale dotato di questa competenza crea con la sua decisione una norma generale che si trova sullo stesso piano delle leggi formali che traggono la loro origine dal cosiddetto organo legislativo» (*Teoria generale del diritto e dello Stato*, cit., p. 277).

[11] «La sentenza del tribunale – scrive Kelsen – non può mai venir determinata da una preesistente norma generale di diritto sostanziale in tal misura che questa norma generale che il tribunale applica sia, per così dire, soltanto riprodotta dalla norma individuale della sentenza stessa. Per minuta che si sforzi di essere la norma generale, la norma individuale creata dalla sentenza aggiungerà sempre qualcosa di nuovo. Si supponga una disposizione penale la quale stabilisca: 'se qualcuno ruba una cosa di valore superiore a mille, sarà imprigionato per due anni'. Un tribunale che applichi tale legge ad un caso concreto avrà da decidere, ad esempio, quando dovrà avere inizio la detenzione e dove essa dovrà aver luogo. L'individualizzazione di una norma generale da parte di una sentenza è sempre una determinazione di elementi che non sono ancora determinati dalla norma generale (...) Il giudice,quindi, è sempre un legislatore» (*Teoria generale del diritto e dello Stato*, cit., pp. 148-149).

[12] «La libertà del legislatore subordinata soltanto alla costituzione, incontra limitazioni relativamente deboli; il suo potere di creazione resta relativamente grande. Ad ogni grado che si scende – insegna Kelsen – il rapporto tra libertà e limitazione si modifica in favore della seconda: la sfera dell'applicazione aumenta, quella della libera creazione diminuisce» (*La garanzia giurisdizionale della costituzione*, cit., p. 148).

cuzione. Entrambe si sostanziano di atti la cui natura è simile, ed è simile perché la legislazione è subordinata alla costituzione nello stesso modo in cui la giurisdizione e l'amministrazione sono subordinate alla legislazione. Ma se la loro natura è simile, ne consegue che ciò che è possibile per gli uni (per gli atti esecutivi) deve essere possibile anche per gli altri (per gli atti legislativi). Per cui, come si è garantita la legittimità dell'esecuzione cioè la sua armonia con la legge, così si può assicurare la costituzionalità della legislazione ossia la sua conformità alla costituzione. «Il postulato della costituzionalità delle leggi – ha scritto Kelsen – è, teoricamente e tecnicamente, del tutto identico al postulato della legittimità della giurisdizione e dell'amministrazione»[13].

Ora, organizzata che sia la costituzionalità della legge, il legislatore, a differenza che nello Stato di diritto, non può tutto: i suoi comandi per essere validi devono secondare la volontà della costituzione. E poiché – come spiega Kelsen – «la funzione politica della costituzione è quella di porre limiti giuridici all'esercizio del potere e garanzia della costituzione significa che questi limiti non saranno oltrepassati»[14], ne viene che il potere legislativo è limitato. Limitato da cosa? E in che modo?

La costituzione rigida

Per rispondere a tali interrogativi conviene risalire al concetto di costituzione. Che Kelsen, per sua esplicita ammissione, mutua dall'antichità classica. E la cosa non deve sorprendere. Facendo della costituzione la «base» dello Stato, i classici avvertivano l'esigenza di non confondere le fondamenta con i piani superiori ed intermedi dell'edificio giuridico. È giocoforza perciò che questa impostazione torni prepotentemente alla ribalta

[13] *Ibid.*

[14] H. KELSEN, *Chi deve essere il custode della costituzione?*, ora in *La giustizia costituzionale*, cit., p. 232.

con Kelsen, con colui cioè che, se non per primo[15], certo con più forza ha ripreso l'idea di una gerarchia delle forme giuridiche. La costituzione, dunque, quale base dello Stato. E si capisce perché. Come abbiamo visto, essa determina la legislazione nel senso – per così dire «minimo» (vedremo più avanti quale sia la determinazione «massima») – che stabilisce *come* deve essere esperito il procedimento legislativo, quel procedimento che termina con l'approvazione della legge. La trasgressione della quale fa scattare il meccanismo coercitivo e il giudice (e/o l'autorità amministrativa) è tenuto a comminare la sanzione prevista dalla stessa legge per il caso della sua violazione (Kelsen, al riguardo, discorre di norma primaria). In tal modo, la legge regola non solo la condotta dei giudici ma in seconda battuta anche quella dei cittadini; di riflesso cioè stabilisce anche il comportamento che questi debbono tenere, o per meglio dire che *non* debbono tenere se vogliono evitare la reazione giudiziaria o amministrativa (ed è questa la norma secondaria)[16]. Come si vede, le norme

[15] In una sua nota Kelsen scrive così: «La teoria della produzione graduale del diritto (...) si basa sulla dottrina della costruzione a gradi dell'ordinamento giuridico, che Adolf Merkl ha per primo sistematicamente sviluppato» (*La dottrina dei tri poteri o funzioni dello Stato*, ora in *Il primato del Parlamento*, Giuffrè, Milano 1982, p. 87).

[16] Spiega Kelsen: «Se si dice che il dovere giuridico 'deve' essere compiuto, allora questo 'dover essere' è, per così dire, un epifenomeno del 'dover essere' della sanzione. Una tale presentazione presuppone che la norma giuridica sia divisa in due norme distinte, in due proposizioni di 'dover essere': una nel senso che un dato individuo 'deve' osservare una data condotta, e l'altra nel senso che un altro individuo deve eseguire una sanzione nel caso sia violata la prima norma. Prendiamo un esempio: non si deve rubare; se qualcuno ruba, sarà punito. Se si assume che la prima norma la quale proibisce il furto sia valida soltanto se la seconda norma colleghi al furto una sanzione, in tal caso la prima norma è certamente superflua in una esposizione esatta del diritto (...) La prima norma, che richiede la omissione dell'illecito, dipende dalla seconda norma, la quale predispone la sanzione. Tale dipendenza la possiamo esprimere designando la seconda norma come la norma primaria, e la prima norma come quella secondaria (...) Il diritto è la norma primaria la quale predispone la sanzione» (*Teoria generale del diritto e dello Stato*, cit., p. 61). In queste parole è la quintessenza stilizzata della concezione «penalistica» del

primarie – e implicitamente le norme secondarie – presiedono all'ordinato svolgimento dell'intera vita associata: dopo aver stabilito come debbono comportarsi gli organi giudiziari e come non debbono condursi i singoli individui, il più è fatto e poco o nulla rimane ancora da disciplinare. Ma poiché tanto le norme primarie che le secondarie rimandano al procedimento legislativo e a sua volta il procedimento legislativo rinvia alla costituzione, ecco che alla fin fine è proprio la costituzione che organizza il consorzio civile. In questo senso ne è la «base»[17] e come tale conviene preservarla da cambiamenti troppo frequenti o repentini. La base richiama alla mente l'idea di ciò che è forte, sicuro, saldo. Diversamente, che razza di base sarebbe mai? Quale costruzione potrebbe elevarsi su sostegni tremuli e sempre pericolanti? Di qui la necessità di stabilizzare, quasi diremmo di irrigidire la legge fondamentale, così da sottrarla al fluttuare degli

diritto. Una concezione della cui validità abbiamo già avuto modo di dubitare (v. *Parte Prima*, nota n. 49) ma che ora lasciamo sia Giacomo Gavazzi a criticare: «Una concezione veramente così angusta della norma giuridica (sia perchè la vede unicamente nella prospettiva dell'illecito, sia perchè ammette un numero limitatissimo ed aprioristicamente determinato di sanzioni), per quanto seducente dal punto di vista della semplicità del sistema, risulta anacronistica perchè fornisce una raffigurazione penalistica di tutto quanto il diritto. Essa trascura la rilevanza giuridica della regolamentazione di settori importanti della società contemporanea (per es. l'attività sempre più complessa della pubblica amministrazione, il diritto dell'economia, la programmazione ecc.)» (*Elementi di teoria del diritto*, Giappichelli, Torino 1984, p. 31). Sempre di Gavazzi segnalo *Norme primarie e norme secondarie* (Giappichelli, Torino 1967), un libro che si raccomanda per l'estrema chiarezza concettuale, nonchè il limpido *Norme primarie e norme secondarie* di NORBERTO BOBBIO, ora in *Studi per una teoria generale del diritto*, Giappichelli, Torino 1970, pp. 175-197.

[17] Per dirla con Kelsen: «la costituzione è sempre il fondamento dello Stato, la base dell'ordinamento (...) Questa regola per la creazione delle norme giuridiche essenziali dello Stato, la determinazione degli organi e del procedimento legislativo, forma la costituzione nel significato proprio, originario e stretto della parola. Essa è la base indispensabile delle norme giuridiche che regolano la condotta reciproca dei membri della collettività statale e così pure di quelle che determinano gli organi necessari per applicarle ed imporle, cioè, in definitiva, l'assetto fondamentale dell'ordinamento statale» (*La garanzia giurisdizionale della costituzione*, cit., pp. 152-153).

eventi. Irrigidirla come? Assoggettandone la correzione ad un procedimento speciale, le cui modalità devono essere più complesse di quelle che scandiscono la procedura per la «rettifica» delle leggi ordinarie. Una cosa quindi deve essere la revisione delle norme costituzionali e altra cosa la modifica delle leggi ordinarie. A questa ben si convengono regole agili, che non impaccino troppo l'attività del Parlamento; a quella, invece, meglio si addice una cadenza lenta e meditata. Donde il bisogno di trattenere il cammino del legislatore costituzionale entro forme oltremodo complicate. Nasce così la distinzione tra forma costituzionale e forma di legge ordinaria. Una distinzione importante sotto più aspetti.

Intanto perché è grazie ad essa che la costituzione sovraintende al legislatore e può disciplinarne l'attività. Regolare il contenuto dell'attività legislativa – ha spiegato Kelsen – è «una tecnica giuridica significativa soltanto se le modificazioni della costituzione devono avvenire secondo un procedimento speciale, diverso dall'ordinaria prassi della legislazione. Soltanto allora una legge formale la quale non si conformi alla costituzione è *incostituzionale*, e soltanto allora la sua *incostituzionalità* può avere conseguenze giuridiche. Se la costituzione può venire modificata allo stesso modo di una legge ordinaria, una qualsiasi legge *incostituzionale* implica dunque in realtà una modificazione della costituzione. Un conflitto tra una legge e la costituzione ha quindi lo stesso carattere di un conflitto fra una legge nuova e una vecchia. Si tratta di un conflitto che viene risolto in base al principio *lex posterior derogat priori*. Se non è prescritto alcun procedimento speciale per la legislazione costituzionale – conclude Kelsen – non può esistere alcuna legge incostituzionale (...) questa legge non sarebbe affatto *contraria alla costituzione* poiché la legge stessa modificherebbe la costituzione»[18].

In secondo luogo, la forma costituzionale – appunto perché tale, proprio in quanto *forma* – può comprendere contenuti differenti fra loro. Non è detto che debba «in-formare» di sé la

[18] H. KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, cit., pp. 267-268.

sola procedura legislativa. Nulla si oppone, per esempio, a che essa venga utilizzata per istituire gli organi primari dello Stato (governo, Presidente della Repubblica ecc.) e per fissarne le relative attribuzioni (sono queste le norme costituzionali organizzative). E allo stesso modo, niente impedisce che per il suo tramite si arrivi a regolare oltre che la formazione anche il contenuto delle leggi. «Le costituzioni moderne – scrive Kelsen – contengono non solo regole sugli organi e il procedimento legislativo ma altresì un elenco di (...) libertà individuali»[19]. Create con la forma, quasi diremmo con lo «stampo» costituzionale, tali libertà assumono la medesima consistenza della legge fondamentale, ricevono la stessa rigidità della costituzione e pertanto non possono venir manomesse dalle leggi ordinarie. La cui incostituzionalità, quindi, può derivare da un vizio di procedura così come da un difetto di sostanza, da un'improprietà formale non meno che da un'irregolarità sostanziale. A questo punto siamo in grado di rispondere al primo degli interrogativi che ci eravamo posti: cosa limita il legislatore? Lo limita la costituzione rigida, che da un lato ne ordina le funzioni garantendone il corretto svolgimento (norme procedurali e norme organizzative), e dall'altro ne indirizza la volontà impedendole di collidere con i diritti individuali (norme sostanziali). Teniamoci paghi di questa risposta. Almeno per adesso. E rinviamo a dopo il problema di sapere se veramente la costituzione si riassume per intero nei tre tipi di norme indicati da Kelsen – norme organizzative, procedurali e sostanziali – o se per avventura non ne contenga di altre che lo stesso Kelsen ignora o fraintende.

Le garanzie costituzionali

Rinviamolo a dopo perché ora ci interessa stabilire come operano siffatti limiti e il modo in cui essi salvaguardano i diritti

[19] H. KELSEN, *La garanzia giurisdizionale della costituzione*, cit., p. 153.

di libertà. Certo, questi diritti vanno scolpiti nel documento costituzionale; ma ancora non basta. Per porli al riparo dai soprusi dell'autorità ed evitare che si risolvano in tragiche menzogne, bisogna munirli di dispositivi che facciano giustizia delle loro violazioni. Vere libertà sono quelle «giustiziabili», ossia le libertà protette da efficaci meccanismi giuridici. Ma quali sono questi meccanismi? In astratto si potrebbe pensare di colpire l'autore dell'illecito con punizioni penali o civili. Nel caso concreto, però, nel caso delle leggi incostituzionali, queste sanzioni soggettive o riescono difficili – quasi impossibili – da comminare, o sono scarsamente efficaci. Non bisogna dimenticare, infatti, che qui l'autore dell'irregolarità è il Parlamento, cioè un organo collegiale e per sua natura l'organo collegiale non è il soggetto appropriato di responsabilità personale. Possono essere tali, invece, gli individui che vengono associati all'attività legislativa; i ministri, ad esempio. Specie se, controfirmando l'atto, divengono garanti della sua costituzionalità. Niente esclude, quindi, che al cospetto di un illecito costituzionale essi rimangano assoggettati a misure repressive. Niente lo esclude, è vero; ma in pari modo niente lo consiglia. O quanto meno niente consiglia di circoscrivere la sanzione alla sola responsabilità ministeriale. Questa, infatti, non attenua né punto né poco il carattere vincolante dell'atto. Per esemplare che possa essere la punizione del ministro, la legge incostituzionale resta in vigore. E rimanendo in vigore indebolisce la forza obbligatoria della costituzione. Le cui norme si trasformano così da ordini in suggerimenti e da comandi retrocedono a consigli. Perché?

Come abbiamo visto in precedenza, la norma è valida se applica la norma gerarchicamente superiore. Ora, se ad onta della sua incostituzionalità, la legge non viene annullata, è segno che comunque trova nella costituzione la ragione della propria esistenza, che comunque è la costituzione a garantirne la sopravvivenza: se è valida, deve pur essere costituzionale in qualche modo. Già: ma in quale modo? Giudicandola conforme a regole che non sono scritte nella carta fondamentale ma che, pure, vi si trovano implicitamente contenute, di guisa che per

intendere la reale portata della costituzione bisogna leggere non solo le righe ma anche *fra le linee* delle sue disposizioni. Proprio qui, nell'«interlinea costituzionale», si annidano le altre norme, le norme diremo così *silenziose*, quelle che affiancando gli imperativi espliciti rivolti al legislatore lo autorizzano – tacitamente – a non tenerne conto ove mai non gli convenisse farlo. Sicché, grazie alle *norme silenziose*, il Parlamento può creare la legge non solo secondo le modalità espressamente stabilite dalla Costituzione ma anche tramite procedure diverse che il Parlamento stesso è chiamato ad elaborare caso per caso.

«Il testo costituzionale – spiega Kelsen – senza dubbio dice e vuole dire che le leggi debbono essere elaborate in un certo modo e non debbono avere un certo contenuto; ma se si ammette che anche le leggi incostituzionali saranno valide, essa vuol dire in realtà che le leggi possono essere fatte anche in un altro modo e che il loro contenuto può contrastare con i limiti assegnati (...). Ciò significa però che il procedimento legislativo espressamente indicato nella costituzione e le direttive in esse stabilite non sono, nonostante le apparenze, disposizioni esclusive ma alternative»[20], alternative perché offrono al legislatore la possibilità, l'alternativa appunto, di applicare o le norme esplicite della costituzione o le sue regole implicite, o le norme espresse o le regole tacite, il contenuto delle quali viene stabilito volta per volta dal legislatore. Ed è naturale che il legislatore determini questo contenuto in modo da giustificare ogni sua scelta, ivi compresa quella che diverge dalla volontà manifesta del Costituente. Con il che il Parlamento ridiventa onnipotente; tutte le sue leggi, infatti, riusciranno valide perché per ciascuna di essa sarà sempre possibile trovare un aggancio nella costituzione; se non proprio nella parte esplicita, certo nei suoi frammenti inespressi.

A questo punto, però, non si capisce più cosa ci stia a fare la costituzione rigida. Non si è detto che serve a limitare il potere del legislatore? E che lo limita recintando con mura

[20] *Ibid.*, p. 200.

invalicabili il perimetro della sua discrezionalità? Ma se il muro si sbriciola o è facile da oltrepassare, a che serve mantenerlo? Tanto vale abbatterlo. A che pro, dunque, «irrigidire» la costituzione quando così facilmente se ne possono aggirare le regole? «Perché tante precauzioni – si chiede Kelsen – se le norme della costituzione (...) sono in realtà prive di forza obbligatoria?»[21]. La verità è che il muro della costituzione rigida è importante. Ma *di per sé solo* non basta a trattenere l'autorità legislativa negli spazi che le sono riservati. Così come non basta punirla quando abbandona i territori di sua pertinenza. Ciò che occorre, invece, è che su quel muro di cinta, proprio come un'attenta sentinella, stia qualcuno che nel cacciarla indietro vanifichi i suoi tentativi di sconfinamento. Il che, fuor di metafora, significa che le leggi incostituzionali – gli «atti di sconfinamento» – devono essere annullati. Solo così la costituzione rigida non tradisce la funzione assegnatale e conserva intatta tutta la sua forza obbligatoria. «Una costituzione cui manchi la garanzia dell'annullamento – insegna Kelsen – non è in senso tecnico completamente obbligatoria»[22]. Lo diventa «quando è possibile l'annullamento degli atti incostituzionali»[23]. Ma chi deve annullarli? Chi è la sentinella che vigila sulle mura della costituzione?

Il Custode della costituzione

Certo non il Parlamento; assumendo le vesti dell'aggressore, questi non può nello stesso tempo indossare i panni del difensore. Come si può pensare di affidare al Parlamento la difesa della costituzione quando sono proprio i suoi atti che minacciano di violarla? È come se il controllore dovesse controllare se stesso. Che razza di garanzia potrebbe derivarne? Se è vero –

[21] *Ibid.*
[22] *Ibid.*, p. 199.
[23] *Ibid.*, p. 171.

come scrive Kelsen – che «la garanzia della costituzione significa certezza che i suoi limiti non saranno oltrepassati»[24], è giocoforza far sorvegliare tali limiti da soggetti diversi da coloro che rischiano di valicarli. Non il Parlamento, dunque; e neppure il Governo. Perché anche il Governo ha gli strumenti e le occasioni per oltrepassarli (si pensi ai decreti-legge). Sicché, come già per il Parlamento, anche il Governo potrebbe assommare in sé il ruolo di giudice e quello di imputato, anch'esso cioè potrebbe far da giudice in una causa propria. La qual cosa inficierebbe le sue pronunzie per difetto di neutralità.

La neutralità, quindi. Custode della costituzione, allora, deve essere per Kelsen «una terza obiettiva istanza»[25] che si trovi al di sopra del Parlamento e del Governo e che perciò stesso sia «titolare di un potere neutrale»[26]. È tale il Capo dello Stato? L'interrogativo è d'obbligo perché proprio con riferimento al Capo dello Stato – al monarca costituzionale del XIX secolo – venne elaborata la categoria del *pouvoir neutre*. E fu resuscitando questa figura – squalificata da Kelsen come «il pezzo di scenario più vecchio»[27] del repertorio costituzionale – che Carl Schmitt patrocinò l'idea di porre la costituzione di Weimar sotto l'usbergo del Presidente della Repubblica. Quasi che questi non avesse dilatato a dismisura le sue attribuzioni (e il pensiero corre subito all'interpretazione più che estensiva dell'art. 48) e come se da tali smisurate prerogative non gli fossero derivate altrettante opportunità di sabotare la costituzione. Il Presidente del Reich, dunque, era acconcio alla bisogna tanto quanto il Parlamento e il Governo: cioè a dire proprio per niente.

Allo stesso modo, non fu mai neutrale il monarca costituzionale. Né poteva esserlo. Sanzionando le leggi, comandando l'eser-

[24] H. KELSEN, *Chi deve essere il custode della costituzione?*, cit., p. 232.
[25] *Ibid.*, p. 233.
[26] *Ibid.*, p. 234.
[27] *Ibid.* Sulla polemica con Schmitt, rinvio a PAOLO PETTA, *Schmitt, Kelsen e il 'custode della costituzione'*, in *Storia e politica*, 1977, pp. 505-551.

cito, nominando i giudici e svolgendo tutte le altre mansioni commissionategli dalla costituzione, neppure a lui mancavano i poteri per ribaltare la legge fondamentale. Ne aveva molti, troppi, per figurarselo come un arbitro al di sopra delle parti. Ma allora da cosa è nata la teoria del potere neutro? Per Kelsen non vi sono dubbi: alla sua origine c'è stata un'audace finzione ideologica, l'ideologia di chi accreditò l'esecutivo come un potere diviso in due distinti organi – il monarca e il governo – e a dispetto dei fatti assegnò al monarca una potestà soltanto passiva. «Solo in quanto passivo, [venne giudicato] un potere neutrale»[28]. Ora, se è in questo senso che bisogna intendere la neutralità, se «neutralità» è sinonimo di «passività», se ne deve concludere che come ieri non fu neutrale il monarca costituzionale, così non lo è oggi il Presidente della Repubblica. Neppure il Presidente di una Repubblica parlamentare. Neanche qui gli atti – tutti gli atti – del Presidente sono preparati e voluti dal governo (come vorrebbe la teoria della passività). Ve ne sono alcuni che principiano dalla sua autonoma volontà e che dunque gli appartengono non solo formalmente ma anche sostanzialmente (tali, per esempio, almeno in Italia sono il potere di esternazione e la promulgazione delle leggi). E ve ne sono altri, quelli cosiddetti «sostanzialmente complessi», che sono predisposti dal Presidente di conserva con membri dell'esecutivo (è tale il potere di scioglimento delle Camere). Non foss'altro che per queste sue prerogative, è fuorviante considerare il Capo dello Stato come un organo meramente passivo. E poiché, secondo la teoria originaria, solo chi è passivo è neutrale, ne segue che nemmeno al Presidente della Repubblica parlamentare può essere affidata la custodia della costituzione[29]. Neppure lui è suf-

[28] H. KELSEN, *Chi deve essere il custode della costituzione?*, cit., p. 236.

[29] «Il Presidente della Repubblica ha avuto attribuiti ampi poteri nell'esercizio delle sue funzioni che non ne fanno certamente uno spettatore passivo del gioco politico, un Presidente silenzioso, ma, al contrario, mettono in risalto la sua 'forza politica'» (T. MARTINES, *Diritto costituzionale*, Giuffrè, Milano 1990, p. 535).

ficientemente imparziale. Ma allora, il problema di chi deve garantire la Carta fondamentale è destinato a rimanere insoluto? No, una soluzione esiste. Purché ci si ricordi che l'imparzialità è la nota distintiva del potere giudiziario. Cosa impedisce perciò di affidare ai suoi titolari il sindacato di costituzionalità? In punto di principio, nulla. Nulla esclude che il giudice, chiamato ad applicare la legge in una particolare circostanza, la esamini sotto il profilo della sua congruenza costituzionale e rifiuti di eseguirla qualora non la giudichi conforme alla costituzione. Fermo restando però che la sua valutazione s'impone per il caso di specie e solamente per il caso di specie. Il verdetto giudiziario, cioè, invalida la legge in via singolare, e non anche in via generale, per tutti i possibili casi presenti e futuri. La legge come tale rimane in vigore. Di conseguenza, l'annullamento non obbliga gli altri giudici che si trovano alle prese con una controversia simile, e a rigore non vincola neppure il giudice in parola: questi può sempre cambiare opinione, e cambiando opinione può stimare valida quella medesima legge che prima ha giudicato costituzionalmente irregolare. Come si vede, nel sindacato giudiziario *diffuso*, c'è sì l'annullamento (che come sappiamo è la principale arma a difesa della costituzione) e c'è anche la garanzia del suo uso imparziale (giacché quest'arma viene offerta in dotazione ai giudici). Ciò che difetta, invece, è l'uniformità del suo impiego. Qui, infatti, i giudici non procedono a ranghi serrati; al contrario, operano in ordine sparso perché l'annullamento della legge incostituzionale interviene solo quando piace alla mutevole valutazione di ciascuno di essi. «Ne deriva – come fa notare Kelsen – mancanza di unità nelle soluzioni, con la conseguente incertezza del diritto che si fa molto sgradevolmente sentire quando un tribunale disapplica (...) una legge mentre un altro fa il contrario. L'accentramento del potere di sindacare la regolarità delle norme generali è certamente giustificato. Se perciò si decide di affidare tale controllo ad un'unica autorità è possibile abbandonare l'annullamento limitato al caso concreto e adottare il sistema dell'annullamento totale, *esteso* cioè a tutti i casi in cui la norma avrebbe dovuto essere applicata. È eviden-

te – conclude Kelsen – che un potere tanto considerevole può essere affidato solo ad un organo supremo centrale»[30].

La Corte costituzionale

Che si tratti di un potere *considerevole* è fuor di dubbio; perché considerevole è la limitazione che subisce il Parlamento. La cui legge, obbligatoria per tutti, da un certo momento innanzi cessa di vincolare alcunché. Come se all'improvviso essa diventasse afona e a nessuno più fosse data la possibilità di ascoltarne il comando. Chi ha il potere di tacitarla, dunque, dà sulla voce del Parlamento. Ciò che il legislatore afferma, l'organo di garanzia nega. Ma poiché lo nega con efficacia generale (tutti riescono affrancati dalla pronuncia parlamentare) e poiché la generalità – in via di principio – è la prerogativa delle leggi, ne deriva che il verdetto della Corte è un vero e proprio atto di legislazione; di legislazione negativa certo, ma pur sempre di legislazione si tratta[31]. Di conseguenza, anche il supremo garante della costituzione, anche la Corte costituzionale, è un organo del potere legislativo. Lo rende tale la generale obbligatorietà delle sue sentenze.

Ma allora – si potrebbe obiettare – se le cose stanno così, se la Corte e il Parlamento sono depositari della stessa funzione, perché mai confidare nell'una e diffidare dell'altro? Se diffidenza ha da essere, questa deve estendersi ad entrambi gli organi perché entrambi gli organi assolvono il medesimo ufficio. E dunque, come il Parlamento può manomettere la legge fondamen-

[30] H. KELSEN, *La garanzia giurisdizionale della costituzione*, cit., p. 166.

[31] «Annullare una legge – spiega Kelsen – significa porre una norma generale, giacchè tale annullamento ha lo stesso carattere di generalità della formazione della legge, essendo per così dire, una formazione di segno negativo, e quindi una funzione legislativa. E un tribunale che ha il potere di annullare le leggi è di conseguenza organo del potere legislativo» (*Ibid.*, p. 173).

tale così può alterarla la Corte. Tanto più, come sappiamo, che questa è investita di un potere notevole; e non è proprio per i suoi notevoli poteri che il Parlamento ci è parso inadatto a garantire la costituzione? L'obiezione non convince. Perché bisogna stabilire *quanto* sia considerevole il potere dell'uno e *quanto* considerevole il potere dell'altra. Dire che i poteri sono entrambi considerevoli non significa nulla, e soprattutto non significa dire che sono entrambi *egualmente* considerevoli. I pesi – chi lo nega? – pesano. Ma c'è chi pesa di più e chi pesa di meno. Ecco: il sindacato di costituzionalità va affidato al meno pesante dei poteri. E non c'è dubbio che, rispetto a quello del Parlamento, il potere della Corte è incomparabilmente più leggero. Perché – come spiega Kelsen – «una cosa è affidare ad un organo nient'altro che il potere che deriva dalla funzione di controllo costituzionale, e cosa ben diversa è rafforzare il potere del Parlamento con l'ulteriore attribuzione del controllo di costituzionalità»[32]. Insomma, una cosa è il potere *esclusivo* di saggiare la costituzionalità delle leggi; altra cosa è il potere *aggiuntivo* di creare le leggi e *in più* (ecco l'aggiunta) di controllare la loro legittimità costituzionale. Inutile dire che a caricarlo anche di questa prerogativa il Parlamento sbilancia l'equilibrio dello Stato. Di poi, niente e nessuno potrà contrapporsi – potrà contrappesare, appunto – i capricci della sua volontà.

È senz'altro vero poi che la Corte e il Parlamento attendono alla medesima funzione, alla funzione legislativa. Ma non è questo il punto. Il fatto è che vi provvedono diversamente e che diverso è il loro modo di atteggiarsi ad organi della legislazione. Del resto, dove sta scritto che gli organi di una medesima funzione debbano operare tutti alla stessa maniera? Il punto,allora,è di sapere cosa bisogna intendere per legislazione della Corte e cosa invece per legislazione del Parlamento. Certo, se si considerano i soli effetti della pronuncia, è indiscutibile che la decisione della magistratura costituzionale è un atto legislativo, così come legislativo è l'atto della deliberazione parlamentare. Come questa

[32] H. KELSEN, *Chi deve essere il custode della costituzione?*,cit., p. 270.

anche quella vincola la *generalità* dei giudici (è alle norme primarie che stiamo pensando), con la differenza – ovvia – che qui i giudici hanno l'obbligo di applicare la legge, lì invece sono tenuti a disapplicarla perché contraria alla costituzione. E dunque, nella sua fase terminale, nei suoi effetti cioè, il sindacato accentrato di costituzionalità ha natura legislativa. Attenzione: nella fase terminale. Ma, per definizione, ciò che termina presuppone un inizio e uno svolgimento. Ed è appunto qui, prima della fine, che emergono le differenze fra la Corte e il Parlamento, fra chi annulla e chi invece crea la legge. Chi la crea agisce liberamente, sotto la spinta dell'opportunità politica e gode di un margine di manovra sconosciuto a chi deve annullarla. «L'annullamento di una legge – spiega Kelsen – avviene essenzialmente in applicazione della norma della costituzione: *manca qui del tutto la libera creazione che caratterizza l'attività legislativa.* Mentre il legislatore è vincolato alla costituzione solo per ciò che riguarda il procedimento ed in modo del tutto eccezionale per quanto attiene al contenuto delle leggi da emanare (...), i poteri del legislatore negativo, dell'organo di giustizia costituzionale, sono invece *completamente stabiliti* dalla costituzione. E proprio perciò questa funzione somiglia a quella di un qualunque altro tribunale»[33].

Per farla breve: posto che sono almeno due le caratteristiche della legislazione – la generalità degli effetti e un'autonomia decisionale alquanto ampia –, la Corte costituzionale è,sì,un organo legislativo, ma è un organo dimezzato, un legislatore a metà, perché soddisfa il primo ma non anche il secondo di tali requisiti. Per l'altra metà è un organo giurisdizionale, e come tale il suo estro inventivo rimane stritolato fra le giunture della costituzione,allo stesso modo che nella rete della legge rimane impigliata la libera valutazione dei giudici ordinari. «Per questo – come spiega – Piero Calamandrei – la sua funzione, pur essendo nel suo *effetto* legislativa (abrogante), somiglia nelle sue *premesse* a quella di un tribunale: toglie vigore alle leggi con

[33] H. KELSEN, *La garanzia giurisdizionale della costituzione*, cit., p. 174.

efficacia generale ed astratta (e in questo senso è legislativa), ma fa ciò in applicazione di una legge preesistente e superiore, che deve prevalere sulle leggi contrastanti con essa (e in ciò la sua funzione somiglia alla giurisdizione)»[34]. Insomma, la sua attività è giurisdizionale al principio e legislativa alla fine, là dove l'attività del Parlamento è legislativa sia all'inizio che alla fine. Non è una differenza da poco: a tenerne conto, a ricordare cioè che il potere della Corte è assai meno libero di quello del Parlamento, si può indulgere ad una maggiore fiducia nei suoi confronti. E quindi, per rispondere all'interrogativo iniziale, si può ben «confidare» in essa.

Sulla natura della Corte: le oscillazioni di Kelsen

Tutto risolto allora? Per la verità le cose non sono così semplici. Ed è lo stesso Kelsen a complicarle. Affermando che «la funzione di un tribunale costituzionale ha un carattere politico *assai più marcato* di quello degli altri tribunali»[35], sembra proprio che egli ritratti quanto aveva sostenuto appena due anni addietro[36].

Allora aveva equiparato la funzione della Corte «a quella di un qualunque altro tribunale»; come questo anche quella pareva dovesse procedere per sentieri angusti che riducono al minimo la libera determinazione dei suoi movimenti. Ora invece sembra che le strade divergano. Mentre il giudice ordinario percorre il cammino di sempre, la Corte si conduce con più scioltezza ed autonomia su di un tracciato diverso, assai prossimo a quello del legislatore e come tale sgombro dagli impacci e dai vincoli

[34] P. CALAMANDREI, *La illegittimità costituzionale delle leggi nel processo civile*, cit., p. 388.

[35] H. KELSEN, *Chi deve essere il custode della costituzione?*, cit., pp. 243-244.

[36] Il saggio su *La garanzia giurisdizionale della costituzione* è del 1928; quello sul *custode* della costituzione fu scritto tra il 1930 e il 1931.

che punteggiano il tragitto degli organi giurisdizionali. Non che i vincoli scompaiono completamente; di certo però si rarefanno, e rarefacendosi esaltano l'attività creativa della Corte. E quindi il suo carattere politico. Che, come scrive Kelsen, «è tanto più marcato quanto più ampio è il potere discrezionale»[37].

C'è contraddizione, dunque? Sì, c'è contraddizione. Ed anche grave. Ma non scandalizziamoci e cerchiamo di capire. E per capire non serve a nulla invocare la solita giustificazione, ricordare cioè che in fondo in fondo Kelsen non si mostrò mai granché interessato a decifrare la natura della Corte; mai veramente gli importò stabilire se essa fosse un organo del potere giurisdizionale o un'espressione della funzione legislativa. A suo avviso, questo era un problema di pura teoria, privo di risonanze pratiche, che perciò poteva lasciare impregiudicato. Sicché proprio per lo scarso rilievo *pratico* della classificazione, egli poté passare «con disinvoltura dall'attribuire caratteri giurisdizionali alla funzione di garanzia costituzionale al sottolinearne, magari nella stessa pagina, gli aspetti legislativi»[38].

Comodo! Davvero comodo spiegare così le sue oscillazioni. Certo, Kelsen non venne tribolato dal dilemma e non si angustiò troppo per ascrivere la Corte all'una o all'altra funzione. Ma è proprio questo il problema: siamo sicuri che l'alternativa sia praticamente irrilevante? Che essa non coinvolga due diverse realtà del diritto positivo? Non è che quando attribuiamo un carattere politico alla Corte pensiamo ad una costituzione di un certo tipo, e quando invece glielo neghiamo abbiamo in mente una costituzione di un tipo affatto diverso? E se è così, chi ci dice che Kelsen fosse consapevole di questa diversità? Non è che senza accorgersene egli passasse dall'una all'altra costituzione? E che proprio grazie a questo passaggio abbia potuto prima escludere e poi ammettere la discrezionalità della Corte?

Per rispondere a tali interrogativi, conviene fare un passo

[37] H. KELSEN, *La garanzia giurisdizionale della costituzione*, cit., p. 242.

[38] M. BARBERIS, *Kelsen e la giustizia costituzionale*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, giugno 1982, p. 238.

indietro e risalire al concetto di costituzione. Che abbiamo già definito ma che ora lasciamo precisare allo stesso Kelsen: «s'intende per costituzione – egli scrive – non solo le regole che riguardano gli organi e il procedimento della legislazione, ma altresì quelle relative agli organi supremi dell'esecutivo e inoltre alla determinazione dei rapporti di principio tra lo Stato e i cittadini, con ciò designandosi semplicemente il catalogo dei diritti fondamentali, cioè, per esprimersi in modo giuridicamente corretto, taluni principi circa il contenuto delle leggi»[39].

Se le cose stanno così, se veramente sono queste – soltanto queste – le norme che compongono la legge fondamentale, dal suo punto di vista Kelsen ha ragione di vincolare l'operato della Corte ed escludere dalle pronunzie costituzionali qualsivoglia valutazione politica. Una costituzione del genere non ha porte né finestre; non si apre al soffio creatore dei giudici, e anzi è fatta apposta per smorzarlo. Nel chiuso delle sue disposizioni, essa fa inaridire la sensibilità giudiziaria tanto che alla fine la Corte agisce con la stessa inflessibile precisione dei congegni ad orologeria; simili agli ingranaggi di tali meccanismi, i giudici costituzionali rimuovono la legge irregolare senza che sulla loro risoluzione alitino i fremiti della coscienza individuale. Qui non c'è posto per i dettami della coscienza e quindi i giudizi di valore non possono insinuarsi tra le pieghe delle decisioni costituzionali. Perché? Perché le sentenze della Corte muovono da norme che hanno tutte la stessa caratteristica, quella di essere procedurali, sicché il giudice costituzionale – lungi dal valutare la sostanza della legge – deve accertare che essa, indipendentemente dal suo contenuto politico, non sia viziata per così dire *in itinere*, da un irregolare adempimento delle regole costituzionali. Che, ripetiamolo, sono tutte regole di procedura.

Facciamoci caso. Le norme che Kelsen inscrive nella costituzione non dicono *cosa* il legislatore deve stabilire ma *come* deve farlo. *Come* deve istituire i supremi organi dello Stato (norme organizzative) e *come* deve emanare le leggi (norme procedurali

[39] H. Kelsen, *La garanzia giurisdizionale della costituzione*, cit., p. 155.

in senso stretto). Di conseguenza, il tribunale costituzionale può controllare l'attività ma giammai la volontà legislativa. Questa sfugge alla sua vigilanza. Il che significa che la Corte non sindaca il merito delle leggi, non ne valuta il contenuto. Attenzione: non ne *valuta* il contenuto. Ecco perché essa non esprime giudizi di valore. Non l'approva né lo biasima, semplicemente verifica la regolarità della legge in ordine al suo processo formativo. Ne *verifica* la regolarità, dunque: e non è proprio la verifica il predicato dei giudizi di fatto?

Si obietterà: un tale ragionamento vale solo per le norme organizzative e le regole procedurali (*strictu sensu*). Ma nella costituzione, Kelsen inserisce anche le norme precettive e sono appunto queste che impongono un certo contenuto alle leggi, obbligandole al rispetto dei diritti fondamentali. Di guisa che il legislatore può finire sul banco degli imputati non solo per un difetto dell'attività, ma anche per un vizio della sua volontà, non solo perché *crea irregolarmente* la legge ma anche perché alla legge *conferisce un contenuto irregolare*. Quindi, il contenuto, la materia della legge rientra nei giudizi della Corte; che perciò non si limita a denunciare l'incostituzionalità formale (la violazione cioè delle norme organizzative e procedurali), ma si spinge a censurarne l'incostituzionalità materiale (l'offesa dei diritti fondamentali). Come la mettiamo allora? Non è vero quello che si diceva prima, che cioè la costituzione kelseniana si risolve tutta in norme di procedura. Ve ne sono alcune – le precettive – che hanno carattere materiale, e materiale pertanto è la pronunzia di incostituzionalità che segue alla loro trasgressione.

Incostituzionalità materiale o formale?

A cavarci d'impaccio è lo stesso Kelsen. A suo avviso, l'incostituzionalità sostanziale non è una categoria autonoma perché non esistono vizi materiali che si affiancano alle imperfezioni formali della legge. La legge è comunque formalmente difet-

tosa, anche quando presenta un contenuto che a norma di costituzione non dovrebbe avere. È sempre la forma e non mai il il contenuto la causa della sua incostituzionalità. Prova ne sia che quel medesimo contenuto non porrebbe problemi di sorta se venisse adottato da una legge di revisione della costituzione anziché da una legge ordinaria, se cioè invece che della forma ordinaria (della legge) venisse «avvolta» dalla forma straordinaria (delle norme costituzionali).

Ecco perché per Kelsen «l'incostituzionalità materiale è in definitiva anch'essa incostituzionalità formale, nel senso che una legge il cui contenuto è contrario alla costituzione non sarebbe più incostituzionale qualora fosse votata come legge costituzionale. Si tratta quindi, in ogni caso, di sapere se deve essere osservata la forma ordinaria o quella costituzionale»[40].

Prendiamo per buona questa affermazione. Ne chiariremo a suo tempo il significato e vedremo allora quali conseguenze devastanti essa produce. Per ora teniamo fermo quanto segue: a giudizio di Kelsen i difetti di incostituzionalità sono tutti formali; le leggi sono incostituzionali perché offendono le procedure della costituzione. E poiché per loro natura le norme di procedura sono meno equivoche di altre, poiché meno di altre vanno soggette ad interpretazioni contrastanti, egualmente meno di altre possono secondare gli umori e le preferenze della Corte. Che di tali procedure è appunto la garante. Questo compito di garanzia perciò – a detta di Kelsen – «è puramente giuridico»[41]. Giuridico, non politico. Compendiandosi in un insieme di forme e di regole procedurali, la costituzione vincola «completamente» (l'aggettivo è di Kelsen) l'attività del giudice costituzionale, e vincolandola completamente la sottrae alle influenze dei suoi convincimenti politici. Così come scevra da siffatte suggestioni appare a Kelsen l'operato di «qualunque altro tribunale»[42]. Ecco perché, sia pure con qualche forzatura, egli equipara

[40] *Ibid.*, p. 154.
[41] *Ibid.*, p. 175.
[42] *Ibid.*

il giudice ordinario al giudice costituzionale. Abbiamo accennato ad una forzatura. Di cosa si tratta? Come sappiamo (vedi *retro*, nota 11) il magistrato – il magistrato penale, ad esempio – ancorché sottoposto ad una legge minuziosa e circostanziata, conserva un residuo di autonomia, nel senso che dopo aver accertato l'illecito e stabilita la pena (attività vincolate), decide autonomamente dove la pena stessa debba essere scontata e quando deve avere inizio. Nulla di simile per il giudizio costituzionale (così almeno ritiene Kelsen). Né il come, né il dove, né il quando della «condanna» è rimesso all'autonoma determinazione della Corte. Tutto è giuridicamente predeterminato. In Italia, ad esempio, l'art. 136 della costituzione (poi integrato dall'art. 30 della legge n. 87 del 1953) stabilisce che la sentenza di annullamento deve essere pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale (come), e che essa dispiega i suoi effetti sull'intero territorio nazionale (dove) a partire dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione (quando)[43].

I tribunali e la Corte, dunque, non menano la stessa esistenza, non sopportano i medesimi vincoli. Ad accettare le premesse di Kelsen, ne deriva che la Corte è meno libera dei magistrati ordinari perché è asservita alla Costituzione ancor più di quanto i giudici non siano assoggettati alla legge. Questa – la legge – concede un tanto, giusto un tanto di discrezionalità, che quella – la costituzione – nega completamente[44]. Si tratta di una diffe-

[43] Quali e quante interpretazioni discordanti abbiano generato questo articolo della nostra Costituzione e la legge citata,non è qui il caso di dire. Basta soltanto ricordare che tutte le controversie vennero risolte dalla Corte costituzionale con la sentenza n.127 del 29 dicembre 1966.

[44] È appena il caso di precisare che, sul punto, stiamo seguendo il ragionamento di Kelsen senza nè approvarlo nè criticarlo. Ci interessa soltanto stabilire come dalle sue premesse derivino certe conseguenze e non altre. Ma non è detto che queste premesse siano anche le nostre; non è detto cioè che anche a noi, come a Kelsen,il giudice appaia quasi completamente vincolato nella sua attività e che la sua autonomia si esplichi solo nella determinazione del tempo e del luogo in cui il reo deve scontare la pena.

Kelsen accredita l'immagine del giudice (poco importa ora se ordinario o costituzionale) quale un loico sillogizzante che fa valere i precetti giuridici con

renza minima, beninteso. Che nulla toglie a quanto si è detto finora. Vincolati erano (i tribunali e la Corte) e vincolati restano. Con la precisazione – un po' pignola, per la verità – che i legami della Corte sono ancora più stretti di quelli dei tribunali. Qui c'è un palpito, un fremito appena di libertà creativa che lì manca del tutto. E poiché nel sistema kelseniano la «libertà creativa» è sinonimo di «attività politica», ne deriva che benché i tribunali siano le mille miglia distanti dal Parlamento – organo politico per eccellenza –, ancora più distante dal Parlamento stesso è la Corte. Che perciò, sia pure di un passo, segue e non precede i magistrati ordinari. E seguendoli, si perde anche quel poco di discrezionalità che ad essi è concesso di godere. Poi,però, come in una marcia di avvicinamento al legislatore, la Corte guadagna terreno e prima affianca e quindi sopravanza gli organi giurisdizionali. Tanto che alla fine è essa e non il giudice ordinario ad imprimere «un più marcato carattere politico» alla sua attività (ricordiamo? sono le parole di Kelsen). Chi o cosa le consente questa rimonta? La risposta di Kelsen è inequivoca: «l'applicazione di una norma costituzionale che lasci un largo margine alla sua discrezionalità». In tal caso – egli spiega – «la controversia non verte, o meglio, non verte solo e non solo direttamente sulla questione di costituzionalità»[45]; il che solleverebbe un problema strettamente giuridico, ma coinvolge anche «l'opportunità dell'atto impugnato»[46], «è anche un dibattito sul modo migliore in cui la creazione – individuale o generale del diritto – debba svolgersi nel quadro delineato dalla costituzio-

la stessa impassibilità di un freddo burocrate. E invece le cose non stanno così; perchè nella realtà i magistrati applicano la legge arricchendola con il contributo della loro personalità (che, naturalmente, può essere buona o cattiva, nobile o misera). Può piacere o meno, dunque, la loro discrezionalità; certo è che i giudici non sono le «bocche della legge» (Montesquieu): questa è un'astrazione illuministica che manca del conforto dei fatti. Per tutto ciò, sia consentito rinviare al mio *La giustizia nel pensiero di Calamandrei*, ora in *Uomini della democrazia*, ESI, Napoli 1986.

[45] H. Kelsen, *Chi deve essere il custode della costituzione?*, cit., p. 259.

[46] *Ibid.*

ne»[47]. Ed è proprio il giudizio di opportunità che impegna la Corte ad una valutazione politica oltre che giuridica. E poco oltre, con maggiore precisione: «a seconda del *potere discrezionale* che la legge lascia al giudice, la controversia verte anche sull'opportunità della decisione e la forma giudiziaria si dimostra adatta *all'attività politica di creazione del diritto svolta dal tribunale*»[48].

Come si vede, ci troviamo dinanzi ad un ragionamento a catena i cui anelli sono strettamente legati tra loro: la valutazione politica presuppone un giudizio di opportunità, e a sua volta il giudizio di opportunità postula una norma aperta, non più sprangata, con porte e finestre che si dischiudono alla vigile sensibilità del giudice costituzionale. Ma è precisamente qui, all'inizio della catena, che sorge il problema decisivo. A questo punto, infatti, bisogna decifrare la natura di tali norme: quale realtà costituzionale le informa? Quale costituzione esse richiamano? Non certo quella kelseniana che tra limiti e vincoli formali comprime fino a soffocare del tutto l'ansito politico della Corte. No, non è profondandola in questo arabesco di procedure che se ne valorizza l'autonomia discrezionale. Chi, allora, può esaltare il suo ruolo politico, quel ruolo che Kelsen stesso le riconosce? Anche ora la risposta è inequivoca: solo che adesso s'impone a dispetto e non più a conforto della teoria kelseniana.

La Costituzione programmatica

Soltanto una costituzione programmatica può adempiere a quest'ufficio; una costituzione che è programmatica perché non si contenta di presiedere al pacifico svolgimento della vita associata, che non si tiene paga dell'ossequio alle leggi e dell'obbe-

[47] *Ibid.*
[48] *Ibid.*, p. 260.

dienza all'ordine. Leggi ed ordine: ecco la citazione favorita e come la parola d'ordine dei liberali classici. Ma è precisamente questa aspirazione liberale che non soddisfa più. Il legislatore deve difendere l'ordine, certo; senza però rimanere sordo agli affanni di un'umanità smarrita e dolente. Ed è appunto per allentare gli spasimi di queste inquietudini che il costituente elabora un *programma* politico di trasformazione della società, che cioè trasfonde nelle norme programmatiche un progetto di riforma volto a raddrizzare le storture sociali e ad «assicurare ad ogni cittadino un certo grado di benessere economico e un certo livello di dignità»[49]. Per il tramite delle norme programmatiche, dunque, lo Stato si converte da liberale in democratico (o democratico-sociale) e da agente dell'ordine muta in strumento di giustizia. E in quanto tale, è tenuto ad onorare le promesse di equità formulate nella costituzione. Il garante della quale, perciò, sovraintende non solo alla regolarità giuridica ma anche alla «validità» politica dell'azione statale; non soltanto ne collauda la conformità con i precetti giuridici della costituzione (norme organizzative, precettive e procedurali), ma ne sperimenta anche la congruenza con i suoi impegni politici (le norme programmatiche): il che gli fa apprezzare il merito delle leggi per stabilire se esse recepiscano o meno i propositi della Carta fondamentale. Di qui i giudizi politici e non più solo giuridici della Corte[50]. Politici perché politici e non più solo giuridici sono i criteri con

[49] P. CALAMANDREI, *L'avvenire dei diritti di libertà*, ora in *Scritti e discorsi politici*, vol. I, cit., p. 383.

[50] Per mezzo delle norme programmatiche – è stato scritto – la Corte costituzionale assume «la figura un pò misteriosa e ambivalente e difficilmente definibile, di un organo che giudica ma interviene nella vita politica, che 'fa politica' con metodo giurisdizionale» (F. PIERANDREI, *Corte costituzionale*, in *Enciclopedia del diritto*, X, Giuffrè, Milano 1962, pp. 895-896). Non diversamente Temistocle Martines ha fatto notare che il controllo della Corte «se da un lato si esercita direttamente sulla norma sottoposta al giudizio della stessa, dall'altro si estende, sia pure in maniera indiretta, anche a quel settore dell'indirizzo politico della maggioranza del quale la norma è espressione» (*Contributo ad una teoria giuridica delle forze politiche*, Milano 1957, p. 283).

i quali essa deve sindacare l'operato del legislatore. Come si è giustamente fatto notare, «se nella nostra costituzione si fossero inserite soltanto norme precettive dalle quali derivino senz'altro diritti e doveri perfetti, e la Corte costituzionale dovesse limitarsi soltanto a confrontare se tra queste norme contenute nella costituzione e la legge ordinaria impugnata per illegittimità costituzionale vi sia un contrasto inconciliabile, una vera e propria antinomia, indubbiamente questo sarebbe un controllo di carattere esclusivamente giuridico. Ma, poiché nella nostra costituzione esistono anche norme programmatiche, norme che sono espressione di propositi, di promesse, di desideri, di direttive politiche a cui il legislatore ordinario si dovrebbe uniformare (e in relazioni alle quali si potrà sostenere che una legge ordinaria non corrisponde alle direttive che il legislatore costituente aveva dato al legislatore ordinario) come potrà la Corte costituzionale nell'esame di questi casi astenersi dal fare una valutazione di carattere politico?»[51].

Allora, ricapitolando: quando Kelsen assegna alla Corte «un marcato carattere politico», forse senza accorgersene introduce un nuovo tipo di costituzione. Che è democratica e non più soltanto liberale. Perché democratica è la costituzione che si apre alle speranze di un avvenire più giusto. Ed è attraverso questa sua apertura che penetra l'autonomia discrezionale della Corte. Più precisamente: poiché tali speranze vengono coltivate dalle norme programmatiche, è dai loro spiragli, è dalle loro fessure che filtra la luce di una vigile coscienza creativa. Che è poi la coscienza della Corte. La cui sensibilità è vivificata perciò dalle regole programmatiche. Ecco come e perché esse fungono da premesse della sua attività politica; un'attività che molti autori le riconoscono. E Kelsen è tra costoro. O meglio: sarebbe tra costoro se tenesse dietro anche all'ultima, estrema, conseguenza che deriva dalle sue convinzioni. Veramente egli crede che la Corte «abbia un marcato carattere politico»? Davvero

[51] P. CALAMANDREI, *In pericolo la Corte costituzionale*, ora in *Scritti e discorsi politici*, vol. I, cit., pp. 288-289.

ammette l'esistenza di «una norma costituzionale che lasci un largo margine alla discrezionalità»? Bene, non ha che un modo per testimoniarlo: far sue le norme programmatiche ed inscriverle così nel firmamento delle regole costituzionali. Ma è proprio questo passo decisivo che lo fa recalcitrare. Al cospetto di regole tanto strane[52], Kelsen indietreggia come inorridito e rifugge al solo pensiero che anche esse debbano trovare ospitalità nel mondo del diritto. A ben riflettere non potevamo aspettarci qualcosa di diverso. Sol che si pensi all'armonia delle forme e alla rigorosa, rigorosissima, perfezione tecnica dell'architettura kelseniana, sol che si consideri questo, si intuisce bene quale invincibile ripugnanza dovessero ispirargli le norme programmatiche. Che non a caso egli espunge dal repertorio giuridico come altrettante stravaganze inutili e dannose. Prosciugando così la fonte donde si alimenta la vitalità creativa della Corte.

Ancora sulle norme programmatiche

Ma veramente le norme programmatiche sono inutili e dannose?

Vediamo. E cominciamo proprio da qui, dalla loro (presunta) inutilità. Che Kelsen denuncia con feroce sarcasmo. Cosa è mai – si chiede – la moralità, l'interesse generale, l'equità? Non

[52] E si capisce perchè dovessero apparirgli tali: come sappiamo, a giudizio di Kelsen il tratto qualificante della norma giuridica è la sanzione. Una norma è una norma giuridica se e finchè si accompagna alla minaccia della sanzione. Ora, mentre ai diritti politici e civili fa riscontro un dovere di astensione che l'ordinamento debitamente sanziona, ai «diritti» sociali si accompagna una promessa di intervento che, sfornita di sanzione esterna, obbliga l'autorità soltanto in coscienza. Le libertà economiche, insomma, a differenza di quelle politiche e civili, non fondano pretese individuali giuridicamente protette. Se il poliziotto sbircia nella mia corrispondenza, potrò bene in via di azione e dinanzi alla competente autorità far valere il diritto alla segretezza e chiederne così la reintegrazione. Ma se rimango disoccupato, per quale via e dinanzi a chi potrò invocare quel posto di lavoro che la costituzione mi promette?

inganni il suono pretensioso dei vocaboli: benché rubricate sotto il titolo di *norme* programmatiche, non di vere norme giuridiche si tratta. Ma di formule rigonfie, quasi diremmo di spettri agghindati e in ogni caso di parole fosforescenti che spiegano tutto e non dicono nulla. E che soprattutto nulla aggiungono alla «realtà effettuale» del diritto. «Il rinvio all'equità, alla libertà, alla giustizia, all'eguaglianza, alla moralità ecc. – scrive Kelsen – significa solo che tanto il legislatore quanto gli organi preposti all'esecuzione della legge sono autorizzati a riempire discrezionalmente lo spazio loro lasciato dalla costituzione e dalla legge. Le concezioni della giustizia, della libertà, dell'eguaglianza, della moralità ecc., differiscono infatti talmente a seconda del punto di vista degli interessati che se il diritto positivo non consacra l'una o l'altra di esse, qualunque regola di diritto può essere giustificata con una qualunque di queste possibili concezioni (...) In linea generale, pertanto, le formule in questione non hanno una grande importanza. Esse non aggiungono nulla alla realtà effettiva del diritto (...) Servono solo come ornamento della costituzione»[53].

La loro natura ricorda un po' i palloncini colorati che i bimbi acquistano nei giorni di festa. È bello ammirarli quando volteggiano nello spazio. Ben sapendo però che basta poco, la puntura di uno spillo, perché essi esplodano e si disperdano in tanti variopinti frammenti. Allo stesso modo, i criteri programmatici aprono i cuori alla speranza e li gonfiano di mille attese, tutte nobili e generose. Ma anche qui, basta la trafittura di un'ingiustizia perché l'animo umano, come svuotato di ogni fiducia, si accasci sotto le ingiurie del mondo. Deliziose, dunque, le norme programmatiche; ma quanto fragili e inutili!

Fragili lo sono davvero, perché è fragile la speranza nella giustizia degli uomini. Ma inutili? Le norme programmatiche sono anche inutili?

No, proprio per niente. E non ci vuole granché per rendersene conto: basta riandare alla funzione del tribunale costituzio-

[53] H. Kelsen, *Chi deve essere il custode della costituzione?*, cit., p. 255.

nale. Che è di tutelare le libertà fondamentali; prima fra tutte, dunque, la libertà del dissenso. Ora, come abbiamo visto nella prima parte di questo saggio, dal libero dissenso principiano non solo le libertà personali e i diritti politici ma anche gli istituti rappresentativi. Qui, nelle assemblee rappresentative, si confrontano la maggioranza e le minoranze; e queste – proprio perché sono libere di dissentire – non temono di esternare le loro ragioni. Che possono incidere sull'orientamento della stessa maggioranza. Nella sua più intima natura, dunque, quello democratico è una tipico regime di compromesso; un regime cioè percorso da continue discussioni tra la maggioranza e le minoranze. E poiché non di rado tali dibattiti preludono a reciproche concessioni, la maggioranza e le minoranze risolvono i loro conflitti mediante provvedimenti che non sono né interamente conformi agli interessi di una parte (la maggiorana) né interamente contrari agli interessi delle altre (le minoranze). Ecco perché, specie quando si avventura nell'intrico dei principi primi e dei valori generali, la politica democratica si riassume in formule ad intarsio, ambigue e generiche quel tanto che è necessario perché tutte le parti vi si riconoscano. Da questo punto di vista le norme programmatiche non sono inutili: sono necessarie, e se proprio si vuole, sono un male necessario. E sono necessarie perché espressione di quel compromesso tra gruppi ed interessi diversi che proprio la Corte costituzionale promuove con la tutela delle libertà fondamentali, *in primis* della libertà del dissenso. Kelsen, del resto, riconosce tutto ciò quando afferma che «se l'essenza della democrazia risiede non già nell'onnipotenza della maggioranza, ma nel costante compromesso tra i gruppi che la maggioranza e la minoranza rappresentano in Parlamento, e quindi nella pace sociale, la giustizia costituzionale appare strumento idoneo a realizzare quest'idea»[54], cioè a dire a perseguire il compromesso. Ben detto. Ma se la giustizia costituzionale è «strumento» di compromesso, bisogna accettare tutte le conseguenze che derivano da questo compromesso: a

[54] H. KELSEN, *La garanzia giurisdizionale della costituzione*, cit., p. 202.

cominciare dall'ibrida e ancipite formulazione delle norme programmatiche. Che perciò – piacciano o meno – non sono un accidente fortuito delle società democratiche, ma l'inevitabile portato delle transazioni tra i suoi gruppi, insomma il necessario precipitato giuridico della sua natura pluralistica. Ben a ragione, perciò, si è potuto affermare che «la giustizia costituzionale è coessenzialmente legata allo Stato pluralistico e che le disposizioni costituzionali elastiche e vaghe, contenenti principi e valori indeterminati, sono appunto l'inevitabile conseguenza dello Stato pluralista. Tutt'al contrario dell'opinione di chi vede in questa caratteristica della costituzione il pericolo da evitare per la giustizia costituzionale, si deve ritenere che vi sia un'interdipendenza necessaria, derivante dal comune legame fondativo con lo Stato pluralistico dei nostri tempi»[55].

Ora, il meno che si possa dire di gruppi che transigono è che essi non stanno in guerra l'un contro l'altro armati; che al di là dei desideri e degli interessi contrastanti, c'è qualcosa che li accomuna e che solo accomunandoli consente loro di intendersi e di cooperare. Kelsen, per la verità, riconosce anche questo ma ancora una volta – come vedremo – non ne trae le conseguenze che è lecito attendersi. Egli infatti scrive: «debbono (...) essere date le premesse di fatto per la reciproca intesa dei partecipanti alla creazione della volontà sociale: una collettività relativamente omogenea dal punto di vista della civiltà e, soprattutto, una lingua comune (...) La Nazione è in primo luogo una *comunanza di civiltà*»[56]. Anche per Kelsen, dunque, la società – e la società democratica in particolare – non può prescindere da un solido nucleo prescrittivo, da un insieme di valori cioè che è ampiamente condiviso e che trasforma individui privi di legami affettivi e potenzialmente ostili tra loro in altrettanti *socii* che intersecano i loro interessi in accordi provvisori, mai definitivi, pronti a scindersi e a ricomporsi di continuo. Quando evapora-

[55] G. Zagrebelsky, *La giustizia costituzionale*, Il Mulino, Bologna 1977, p. 63.

[56] H. Kelsen, *Il problema del parlamentarismo*, cit., p. 174.

no questi principi comuni, la società si «dis-socia» e ai *socii* subentrano gli *hostes*. Il consorzio civile si converte in un immenso campo di battaglia non appena ai suoi valori fondamentali viene a mancare il consenso – insieme tacito ed intenso – della larga maggioranza. È allora che scocca l'ora più drammatica nella vita di un popolo: l'ora della guerra civile. E in una guerra civile non c'è costituzione che tenga: *inter arma silent leges!*

Fin qui ci siamo, dunque: è ben vero che senza la «concordia sui fondamenti», senza questo indispensabile presupposto della coesione sociale, non ci possono essere compromessi ma solo convulsione e terrore.

Il «fantasma» dell'interesse generale

È dopo che non ci troviamo d'accordo con il pensiero di Kelsen e che non riusciamo a condividerlo: quando giudica pericolosa, «assolutamente inammissibile»[57] la costituzionalizzazione delle clausole programmatiche. Ma seguiamo il suo ragionamento. Che non è lineare, e anzi per gli andirivieni che lo punteggiano, offre l'occasione – invero assai ghiotta – di sottolinearne il vero punto critico.

Impiegando termini elastici e non meglio precisati come equità, libertà, giustizia e simili, le norme programmatiche – sostiene Kelsen – si piegano ai capricci e ai cangianti umori del tribunale costituzionale, «e non è quindi impossibile che esso, chiamato a decidere sulla costituzionalità di una legge, l'annulli perché è ingiusta, essendo la giustizia un principio costituzionale che deve conseguentemente applicare. In tal caso – prosegue – il potere del tribunale dovrebbe essere considerato semplicemente intollerabile. La concezione della giustizia della maggioranza dei giudici di questo tribunale potrebbe contrastare del tutto con quel-

[57] H. KELSEN, *Chi deve essere il custode della costituzione?*, cit., p. 256.

la della maggioranza della popolazione»; tanto più – come si è visto – che «le concezioni della giustizia differiscono (...) a seconda del punto di vista degli interessati»[58], che cioè non c'è *la* giustizia, ma *le* giustizie, tante giustizie quanti sono gli interessi dei gruppi contrapposti. E poiché per Kelsen «la popolazione di uno Stato si divide in vari gruppi di interesse più o meno opposti fra loro (...) è una finzione chiamare interesse di tutti quell'interesse»[59] che si esprime nella sentenza della Corte. Questa non realizza alcuna giustizia comune. Semplicemente perché non esiste un comune interesse da salvaguardare o (il che è lo stesso) una comunanza di valori da difendere. Scrive Kelsen: «non è necessario essere marxisti per considerare come un fantasma, di fronte ai profondi contrasti di classe che dividono il popolo statualmente organizzato (...) una volontà collettiva che unifichi spiritualmente l'intero popolo»[60]. E poi, rincarando la dose: «la concezione di un ordinamento che realizza l'interesse *comune* o *generale* e costituisce una società perfettamente solidale è identica all'utopia del diritto naturale puro»[61].

Kelsen ha ragione: non c'è bisogno del marxismo per percepire che il ritmo della vita democratica è scandito da tensioni ed antagonismi. Ma, allo stesso modo, non è necessario cedere alle blandizie del diritto naturale, non c'è bisogno del giusnaturalismo per accorgersi che è fuorviante radicalizzare oltremodo queste lotte e questa competizione. Perché è falso che tra le classi sia un atto una sorta di guerre civile occulta e permanente. La società non è lacerata dall'antagonismo mortale fra i capitalisti e i proletari; la lotta frontale fra i detentori dei mezzi di produzione e i possessori della sola forza- lavoro, appartiene al passato e peraltro solo ad alcuni remoti momenti di esso, quelli nei quali più intenso e lacerante è stato il conflitto, i rari momenti cioè in cui la nazione da «comunanza di civiltà» si è pervertita

[58] H. KELSEN, *La garanzia giurisdizionale della costituzione*, cit., p. 189.
[59] H. KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, cit., p. 189.
[60] H. KELSEN, *Tra metodo giuridico e sociologico*, Guida, Napoli 1974, p. 55.
[61] H. KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, cit., p. 446.

in ricettacolo di odi e di efferatezze reciproche (in questo senso, la concezione di Kelsen – simile in ciò all'impostazione marxiana – pecca di indebita generalizzazione, estendendo all'intero corso storico quello che invece vale solo per alcune sue eccezionali congiunture). E tuttavia, l'evoluzione democratica, pur infirmando il dualismo marxiano (capitalisti da un lato, proletari dall'altro) non per questo conferisce validità euristica alle teorizzazioni del diritto naturale, specie al diritto naturale di matrice cattolica. Al «duello esistenziale» fra le classi, non è subentrata quell'amorevole cooperazione di tutti su tutto che farebbe della società una sorta di gigantografia del nucleo familiare. Come in famiglia ci si vuole bene e il grande aiuta il piccino, così – secondo questa visione che ricorda tanto da vicino il *bonum commune* di tomistica memoria – così, si diceva, nella comunità sociale il potente verrebbe premurosamente in soccorso del più debole, senza che mai dissapori o gelosie abbiano ad incrinare la loro concorde armonia.

Che il conflitto tra le classi non sia così radicale come sostengono i marxisti,è indubbio. Che utilizzare il concetto stesso di classe per l'analisi delle odierne democrazie sia fuorviante, è probabile. Che però l'antagonismo si sia stemperato fino al punto da azzerare lo scarto tra la realtà democratica e l'ideale organico di ascendenza tomistica, questa è una patente esagerazione. A dispetto di quel che crede certo diritto naturale, la moderna società non è la risultante di un insieme di gruppi che, disposti gerarchicamente in un tutto pacificato, cooperano al perseguimento del bene comune[62]. Il tutto sociale, invece, è l'equilibrio

[62] Due citazioni per tutte: «Gli individui di una stessa classe, uniti insieme dal lavoro comune ed omogeneo, hanno fra loro rapporti di bisogni e di aiuti reciproci; e di conseguenza anche le classi fra loro formano una naturale gerarchia di forti e deboli, che devono aiutarsi a vicenda, a vicenda sostenersi per l'ordinato e naturale progresso umano» (L. STURZO, *L'organizzazione di classe e le Unioni Professionali*, Roma 1901, p. 22). Non dissimile è la concezione «democratica» di Giuseppe Toniolo. Ad avviso di quest'ultimo la democrazia è «quell'ordinamento civile nel quale tutte le forze sociali, giuridiche ed economiche, nella pienezza del loro sviluppo gerarchico, cooperano proporzio-

instabile, sempre rivedibile, di forze che si incontrano e si scontrano senza posa; la democrazia è l'incessante pullulare di gruppi competitivi che, incrociandosi nel loro gareggiare, consentono ai vari interessi di manifestarsi, di contrapporsi liberamente e di liberamente combinarsi. Ricondurre il momento del conflitto alle sue congrue dimensioni, dunque, non significa sopravvalutare il consenso fino a fare della solidarietà e della cooperazione i tratti esclusivi della vita associata. Il fatto è che la cooperazione non chiude le porte all'articolazione conflittuale della società; il consenso non esclude il dissenso. Non lo esclude perché – tranne che per i periodi di sconvolgimento rivoluzionario – il conflitto si svolge all'interno del sistema e non contro di esso; la lotta è *nella* e non *alla* società, e se la lotta e *nella* società è segno che vi è un accordo implicito dei contendenti sulle *questioni di fondo*, sui «principi-base» che reggono la società medesima. Al riguardo, c'è un passo di Ortega y Gasset che è veramente bello; bello ed illuminante e che perciò conviene riportare per esteso: dobbiamo immaginare «il corpo delle opinioni che alimentano la vita di un popolo come costituito da una serie di strati. Divergenze di opinione negli strati superficiali ed intermedi producono dissensi benefici, perché le lotte che provocano si muovono sulla terra ferma della concordia esistente negli strati più profondi. La divergenza alla sommità non fa se non confermare e consolidare l'accordo esistente alla base della convivenza. Quelle contese mettono in discussione certe cose, ma non mettono in discussione tutto. Supponiamo che, al contrario, il dissenso giunga ad interessare gli strati basici delle opinioni che sostengono in ultima analisi la solidarietà del corpo sociale (...) La società allora cessa assolutamente di essere tale: si dissocia, si converte in due società, cioè in due gruppi di uomini le cui opinioni sui temi ultimi divergono. Ma due società dentro uno stesso spazio sociale non sono possibili. Restano

nalmente al perseguimento al bene comune, rifluendo nell'ultimo risultato a prevalente vantaggio delle classi inferiori» (cit. da P. GOBETTI, *La rivoluzione liberale*, Einaudi, Torino 1974, p. 62).

dei meri conati di società, vale a dire che il dissenso radicale produce esclusivamente l'annichilimento della società in cui avviene (...) Quando il dissenso non è radicale – continua Ortega – il cittadino combatte con fervore e, in fondo, con gioia. Lottando contro chi lo contrasta non vede in lui un vero e proprio nemico, ma al di là delle ostilità continua a sentirsi suo amico: *benevolentium concertatio, non lis inimicorum*. La ragione di ciò è chiara. Al di sopra dei due contendenti perdurano, con piena validità, certe circostanze comuni a cui possono ricorrere. Sono dogmi intorno all'universo e alla vita, norme morali, princìpi di diritto, prescrizioni che regolano la stessa forma della guerra. Hanno quindi l'impressione di combattere dentro di uno stesso mondo che li sostiene e protegge egualmente. Mentre combattono vedono che lo Stato continua ad esistere intorno a loro. Ma quando il dissenso è radicale tutto ciò è annichilito. Nulla è comune tra i contendenti. Lo Stato è distrutto, e con esso ogni validità di idee, norme, strutture su cui appoggiarsi. È più che naturale che in situazioni come queste la gente dica: è la fine del mondo!»[63].

Né marxismo, dunque, né diritto naturale. Né conflitto radicale, né consenso generalizzato; antagonismo limitato invece, cioè a dire dissidio che non impedisce la conciliazione, rivalità che non esclude l'accomodamento. A tutto questo presiede la comunione spirituale, la concordanza nei «princìpi-ultimi». In democrazia, i cittadini discutono delle penultime cose e credono nelle ultime E sono appunto queste credenze ultime che li fanno litigare senza spargimento di sangue. Qui il litigio non è fra nemici irriducibili, ma fra compartecipi di una medesima visione del mondo, fra membri di una stessa collettività spirituale, insomma – per dirla con Kelsen – fra uomini che parlano «la stessa lingua». E fra chi parla la stessa lingua, gli attriti e i contrasti non degenerano mai in guerra fratricida. Perché, al di là delle ostilità, c'è sempre la possibilità di comprendere le ragioni altrui e di addivenire ad un onorevole compromesso con esse. E poiché

[63] J. Ortega y Gasset, *Sull'impero romano*, cit., pp. 990-991.

instabile, sempre rivedibile, di forze che si incontrano e si scontrano senza posa; la democrazia è l'incessante pullulare di gruppi competitivi che, incrociandosi nel loro gareggiare, consentono ai vari interessi di manifestarsi, di contrapporsi liberamente e di liberamente combinarsi. Ricondurre il momento del conflitto alle sue congrue dimensioni, dunque, non significa sopravvalutare il consenso fino a fare della solidarietà e della cooperazione i tratti esclusivi della vita associata. Il fatto è che la cooperazione non chiude le porte all'articolazione conflittuale della società; il consenso non esclude il dissenso. Non lo esclude perché – tranne che per i periodi di sconvolgimento rivoluzionario – il conflitto si svolge all'interno del sistema e non contro di esso; la lotta è *nella* e non *alla* società, e se la lotta e *nella* società è segno che vi è un accordo implicito dei contendenti sulle *questioni di fondo*, sui «principi-base» che reggono la società medesima. Al riguardo, c'è un passo di Ortega y Gasset che è veramente bello; bello ed illuminante e che perciò conviene riportare per esteso: dobbiamo immaginare «il corpo delle opinioni che alimentano la vita di un popolo come costituito da una serie di strati. Divergenze di opinione negli strati superficiali ed intermedi producono dissensi benefici, perché le lotte che provocano si muovono sulla terra ferma della concordia esistente negli strati più profondi. La divergenza alla sommità non fa se non confermare e consolidare l'accordo esistente alla base della convivenza. Quelle contese mettono in discussione certe cose, ma non mettono in discussione tutto. Supponiamo che, al contrario, il dissenso giunga ad interessare gli strati basici delle opinioni che sostengono in ultima analisi la solidarietà del corpo sociale (...) La società allora cessa assolutamente di essere tale: si dissocia, si converte in due società, cioè in due gruppi di uomini le cui opinioni sui temi ultimi divergono. Ma due società dentro uno stesso spazio sociale non sono possibili. Restano

nalmente al perseguimento al bene comune, rifluendo nell'ultimo risultato a prevalente vantaggio delle classi inferiori» (cit. da P. GOBETTI, *La rivoluzione liberale*, Einaudi, Torino 1974, p. 62).

dei meri conati di società, vale a dire che il dissenso radicale produce esclusivamente l'annichilimento della società in cui avviene (...) Quando il dissenso non è radicale – continua Ortega – il cittadino combatte con fervore e, in fondo, con gioia. Lottando contro chi lo contrasta non vede in lui un vero e proprio nemico, ma al di là delle ostilità continua a sentirsi suo amico: *benevolentium concertatio, non lis inimicorum*. La ragione di ciò è chiara. Al di sopra dei due contendenti perdurano, con piena validità, certe circostanze comuni a cui possono ricorrere. Sono dogmi intorno all'universo e alla vita, norme morali, princìpi di diritto, prescrizioni che regolano la stessa forma della guerra. Hanno quindi l'impressione di combattere dentro di uno stesso mondo che li sostiene e protegge egualmente. Mentre combattono vedono che lo Stato continua ad esistere intorno a loro. Ma quando il dissenso è radicale tutto ciò è annichilito. Nulla è comune tra i contendenti. Lo Stato è distrutto, e con esso ogni validità di idee, norme, strutture su cui appoggiarsi. È più che naturale che in situazioni come queste la gente dica: è la fine del mondo!»[63].

Né marxismo, dunque, né diritto naturale. Né conflitto radicale, né consenso generalizzato; antagonismo limitato invece, cioè a dire dissidio che non impedisce la conciliazione, rivalità che non esclude l'accomodamento. A tutto questo presiede la comunione spirituale, la concordanza nei «princìpi-ultimi». In democrazia, i cittadini discutono delle penultime cose e credono nelle ultime E sono appunto queste credenze ultime che li fanno litigare senza spargimento di sangue. Qui il litigio non è fra nemici irriducibili, ma fra compartecipi di una medesima visione del mondo, fra membri di una stessa collettività spirituale, insomma – per dirla con Kelsen – fra uomini che parlano «la stessa lingua». E fra chi parla la stessa lingua, gli attriti e i contrasti non degenerano mai in guerra fratricida. Perché, al di là delle ostilità, c'è sempre la possibilità di comprendere le ragioni altrui e di addivenire ad un onorevole compromesso con esse. E poiché

[63] J. Ortega y Gasset, *Sull'impero romano*, cit., pp. 990-991.

ad avviso di Kelsen il compromesso è l'«essenza» della democrazia, egli ne avrebbe penetrato meglio la natura se solo avesse approfondito la sua idea, quella della nazione come di una «comunanza di civiltà». Invece l'ha lasciata cadere lì, in una delle sue tante pagine, quasi svogliatamente e senza che mai venisse punto dal desiderio di svilupparla. E anzi è probabile che abbia avuto a pentirsene se è vero – come abbiamo visto – che ad un certo punto se l'è come ricacciata in gola per inseguire il «fantasma» (questo sì veramente tale) della marxiana lotta di classe. Peccato che sia andata così! È un vero peccato anche perché in questo modo egli avrebbe potuto guardare con minore inquietudine alla costituzionalizzazione delle norme programmatiche.

Norme programmatiche e valori comuni

È ben vero che le norme programmatiche si sostanziano di concetti generali, generalissimi, e che questi concetti in astratto sono suscettibili delle più bizzarre interpretazioni. Ma in astratto. Solo in astratto. In concreto, nella realtà concreta della democrazia, essi esprimono esigenze che vivono nell'animo di tutti. Il loro contenuto, quindi, viene definito dalle passioni dei cittadini e dal generale orientamento degli spiriti. Sicché la libertà, la moralità, l'equità, non fluttuano nel nulla ma si radicano nei valori e nelle credenze collettive. Quei valori e e quelle credenze che fermentano anche nella coscienza del giudice costituzionale. Ecco il punto: il magistrato non vive recluso tra formule oscure o pratiche esoteriche, né si inabissa in alchimie che, sole, gli fanno distillare la formula della Giustizia. Quasi che la Giustizia sia un prodotto di laboratorio! E invece no, «è creazione che sgorga da una coscienza viva, sensibile, vigilante, umana»[64]. E

[64] P. CALAMANDREI, *Processo e democrazia*, ora in *Scritti giuridici*, vol. I, Morano, Napoli 1965, p. 648.

umana, pertanto, è la figura del giudice. Che perciò sente, soffre e spera come gli altri esseri umani. Sicché quanto più saldo è il legame degli affetti, quanto più stretto è il vincolo spirituale che lo affratella ai suoi simili, tanto più remoto è il pericolo che egli distorca la legge programmatica. E per converso è tanto più facile che trovi rispecchiata in se stesso la ragione sociale da cui muove quella legge e legga «nella propria coscienza individuale gli scopi di ordine generale che il suo popolo ha voluto raggiungere con essa»[65].

In altri termini, se le norme programmatiche sono il prolungamento giuridico di credenze comuni, non c'è ragione di paventarne l'inserimento nel testo costituzionale. Certo, il giudice dovrà interpretarle secondo la sua coscienza; ma poiché tale coscienza coincide immediatamente con quella sociale, è poco probabile che la pronuncia costituzionale tradisca le aspettative dei cittadini ed offenda la loro visione del mondo. Ed è improbabile proprio perché c'è un accordo istintivo e in qualche modo involontario tra la sensibilità dei giudici e i sentimenti dei cittadini: entrambi attingono allo stesso patrimonio morale ed intellettuale. «Se il contesto culturale in cui l'interpretazione si svolge è saldo – è stato felicemente notato – si può pensare che vi sia una naturale coincidenza di valutazione (...) che unisce il giudice e la società. La società, sotto il profilo culturale, è appunto una comunanza di senso e di valore e il giudice, materialmente indipendente, è spiritualmente parte di tale comunanza. Si parla a questo proposito di *orizzonte di attesa*, generale ed oggettivo, che fa apparire in tale contesto ragionevole o accettabile la soluzione che si armonizza con tale orizzonte»[66]. Sicché le costituzioni programmatiche «non si configurano (più) come universo chiuso su se stesso, ma rinviano costantemente alle

[65] *Ibid.*, p. 650.

[66] G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, cit., p. 44. Si veda anche di M. CAPPELLETTI, *L'attività e i poteri del giudice costituzionale in rapporto con il loro fine generico*, in *Scritti in memoria di P. Calamandrei*, vol. III, Cedam, Padova 1958, p. 83 ss.

concezioni giuridiche materiali che si affermano nella società e di cui i giudici si devono fare interpreti»[67].

La Corte, dunque, quale depositaria di valori comuni. Giust'appunto quei valori che Kelsen, dopo una prima timida ammissione, ha ricusato sdegnosamente. Facendosi velo così all'intelligenza della moderna giustizia costituzionale.

Questo per quanto riguarda le costituzioni democratiche. Ma che dire di quelle liberali? Delle costituzioni che non si lasciano commuovere dalle istanze sociali e che raffreddano gli slanci dell'equità fino ad intiepidire il sentimento stesso della giustizia? Questa specie di abbassamento della loro temperatura morale le rende poco ospitali alle effusioni delle norme programmatiche. Che infatti non germogliano in tali costituzioni, quasi venissero essiccate dal gelo di una legge rigida e restia a stemperare le sue spigolosità in una più generosa comprensione delle miserie umane. Nulla, dunque, meglio della «Magna Charta» liberale parrebbe adattarsi alle riflessioni kelseniane. Queste riuscirebbero esaltate da un sistema giuridico che ripudia le clausole programmatiche e non riconosce loro alcuna virtù. Lo Stato liberale, quindi, e non la democrazia sociale presiederebbe all'elaborazione di Kelsen; il primo e non la seconda risponderebbe ai suoi schemi perché quello e non questa gli avrebbe ispirato le pagine sulla giustizia costituzionale. La concezione kelseniana – è stato scritto – «affonda le sue radici nella logica dello Stato liberale»[68]; una logica mai rinnegata e che tuttavia il legislatore odierno ha arricchito di contenuti sempre più nuovi ed originali cosicché «mentre il settore relativo ai diritti di libertà e la parte organizzativa della costituzione continuano ad essere in larga misura interpretabili secondo gli schemi tradizionali, la parte relativa ai diritti sociali e la costituzione economica rappresentano una rilevante alterazione del vecchio modello dello Stato liberale»[69].

[67] G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, cit., p. 64.

[68] A. GIOVANNELLI, *Dottrina pura e teoria della costituzione in Kelsen*, Giuffrè, Milano 1983, p. 282.

[69] *Ibid.*, p. 287.

Le insufficienze del liberalismo kelseniano: la separazione dei poteri

Ma siamo sicuri che il pensiero di Kelsen risponde pienamente alla logica del liberalismo? Non è che anche da qui, anche dalla angolazione liberale, gli si possono muovere alcune obiezioni? Due ne sono state formulate: l'una più robusta, l'altra meno solida. E cominciamo proprio dall'obiezione più debole.

Assegnando al giudice costituzionale un ruolo politico (poco importa ora se più o meno «marcato» della magistratura ordinaria), Kelsen – così almeno si sostiene – avrebbe infranto il principio liberale della separazione dei poteri, quel principio che traccia una nitida linea di demarcazione tra le funzioni statali e che, impedendo al giudice ogni attività creativa, lo riduce alla stregua di un «essere inanimato». L'espressione, inutile dirlo, è di Montesquieu. Del quale vale la pena riportare il seguito: «Non vi è libertà se il potere giudiziario non è separato dal potere legislativo e da quello esecutivo. Se fosse unito con il potere esecutivo, il giudice potrebbe avere la forza di un oppressore. Se esso fosse unito al potere legislativo il potere sulla vita e la libertà dei cittadini sarebbe arbitrario, poiché il giudice sarebbe al tempo stesso legislatore»[70].

Di conseguenza, inscrivendo la Corte costituzionale fra gli organi della legislazione[71], Kelsen avrebbe confuso in un unico miscuglio il potere legislativo con il potere giudiziario. Da qui, da questa sconcertante mescolanza, il varco che egli avrebbe aperto al potere arbitrario, all'arbitrio del despota che «senza né leggi né freni, trascina tutto e tutti dietro la sua volontà e i suoi capricci»[72] (le parole, ancora una volta, sono di Montesquieu).

[70] CH. DE SECONDAT, barone di Montesquieu, *Lo spirito delle leggi*, a cura di S. Cotta, vol. I, Utet, Torino 1952, p. 277.

[71] «I tribunali – scrive Kelsen – svolgono una funzione legislativa quando sono autorizzati ad annullare le leggi incostituzionali» (*Teoria generale del diritto e dello Stato*, cit. p. 277).

[72] CH. DE SECONDAT, barone di Montesquieu, *Lo spirito delle leggi*, cit., p. 66.

Kelsen, dunque, quale pronubo del dispotismo? Suvvia, non scherziamo! Gli si possono contestare molte cose, ma questa proprio no: sarebbe ridicolo prima ancora che ingeneroso.

Il fatto è che bisogna capirsi sulla separazione dei poteri. Qual è la reale portata di questo principio? Se per separazione si intende una divisione del lavoro giuridico tale che le funzioni statali vengono attribuite ad organismi diversi, ciascuno dei quali è competente *solo ed esclusivamente* per la funzione accordatagli, se è così, se questo si intende per separazione dei poteri, allora è fin troppo facile concludere che né le moderne democrazie né gli Stati liberali rientrano nel novero dei governi limitati; che, ad onta delle apparenze, tanto le une quanto gli altri appartengono alla tipologia dei poteri arbitrari. Non si è mai visto, infatti, un Parlamento che legifera soltanto; l'*impeachment* – tipica funzione giudiziaria – sta lì a dimostrarlo. Così come non si è mai dato un esecutivo che si limiti solo ad applicare le norme; il veto opposto dal Capo dello Stato a che una deliberazione parlamentare diventi legge, o i decreti-legge del governo sono tutte attività legislative che smentiscono l'idea del governo come di un puro esecutore. E precisamente come il governo funge (anche) da legislatore e il legislatore opera (anche) da giudice, così il giudice la fa (anche) da legislatore quando annulla *erga omnes* la legge incostituzionale. Non è vero perciò che un organo sia investito di una funzione *e unicamente* di una funzione (il Parlamento della legislazione, il governo dell'esecuzione e la magistratura della giurisdizione), per cui ad ogni funzione corrisponde un organismo *e un organismo soltanto*. Ciascuna funzione, invece, viene ripartita – sia pure in parti diseguali – fra tutte le differenti magistrature, di guisa che non c'è chi abbia il monopolio della creazione e chi il monopolio dell'esecuzione del diritto. Ecco a cosa serve la separazione: a combattere il monopolio. E non c'è che un mezzo per farlo: ridistribuire il potere fra i funzionari dei diversi «ordini». «Il significato del principio della *separazione dei poteri* – spiega Kelsen – risiede precisamente nel fatto che esso opera contro una concentrazione dei poteri (...) Il controllo da parte dei tribunali sulla fun-

zione legislativa ed esecutiva significa che le funzioni legislativa, esecutiva e giurisdizionale, sono riunite nella competenza dei tribunali. Questo controllo implica quindi che i poteri legislativo ed esecutivo siano *suddivisi* fra i cosiddetti organi legislativi ed esecutivi da un lato, e i tribunali dall'altro. Parimenti,la partecipazione del monarca alla legislazione significa che la sua competenza comprende sia la funzione legislativa che quella esecutiva, e che così il potere legislativo *è suddiviso* fra monarca e Parlamento»[73].

Non di separazione, dunque, si tratta. Ma di «suddivisione» dello stesso potere fra organi distinti. In questo modo, ad esempio, il Parlamento è il principale incaricato della funzione legislativa. Il principale, si badi, non l'esclusivo titolare della legislazione. Donde ne deriva che, sia pure in misura più ridotta, anche il governo e i giudici partecipano alla creazione della legge. Sicché il medesimo potere – il legislativo – è *ripartito* (inegualmente) fra giudici, governo e Parlamento. La ripartizione, dunque. Ecco perché Kelsen ha facile gioco nel rimbeccare i suoi critici. Investendo la Corte di prerogative *anche* politiche, egli non scardina l'architrave dei governi limitati né congiura contro il principio della separazione dei poteri. Semplicemente perché non c'è alcuna «separazione» da difendere. Piuttosto è l'idea della ridistribuzione che va mantenuta. E che nessuno ha patrocinato meglio di Kelsen. Le citazioni fin qui riportate dovrebbero bastare a testimoniarlo. Ma se così non fosse, valga per tutte questa sua riflessione: «può essere solo preso ragionevolmente in considerazione, fra i vari, il significato che rende l'espressione 'divisione dei poteri' meglio di quello di separazione, l'idea cioè della ripartizione del potere fra organi diversi non tanto per isolarli reciprocamente quanto per consentire un controllo degli uni sugli altri»[74]. E non è appunto questo uno dei ritrovati del costituzionalismo liberale? L'espediente che esso ha escogitato per impedire l'abuso del potere? «Perché non si possa abusare

[73] H. KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, cit., p. 287.
[74] H. KELSEN, *La garanzia giurisdizionale della costituzione*, cit., p. 173.

Kelsen, dunque, quale pronubo del dispotismo? Suvvia, non scherziamo! Gli si possono contestare molte cose, ma questa proprio no: sarebbe ridicolo prima ancora che ingeneroso.

Il fatto è che bisogna capirsi sulla separazione dei poteri. Qual è la reale portata di questo principio? Se per separazione si intende una divisione del lavoro giuridico tale che le funzioni statali vengono attribuite ad organismi diversi, ciascuno dei quali è competente *solo ed esclusivamente* per la funzione accordatagli, se è così, se questo si intende per separazione dei poteri, allora è fin troppo facile concludere che né le moderne democrazie né gli Stati liberali rientrano nel novero dei governi limitati; che, ad onta delle apparenze, tanto le une quanto gli altri appartengono alla tipologia dei poteri arbitrari. Non si è mai visto, infatti, un Parlamento che legifera soltanto; l'*impeachment* – tipica funzione giudiziaria – sta lì a dimostrarlo. Così come non si è mai dato un esecutivo che si limiti solo ad applicare le norme; il veto opposto dal Capo dello Stato a che una deliberazione parlamentare diventi legge, o i decreti-legge del governo sono tutte attività legislative che smentiscono l'idea del governo come di un puro esecutore. E precisamente come il governo funge (anche) da legislatore e il legislatore opera (anche) da giudice, così il giudice la fa (anche) da legislatore quando annulla *erga omnes* la legge incostituzionale. Non è vero perciò che un organo sia investito di una funzione *e unicamente* di una funzione (il Parlamento della legislazione, il governo dell'esecuzione e la magistratura della giurisdizione), per cui ad ogni funzione corrisponde un organismo *e un organismo soltanto*. Ciascuna funzione, invece, viene ripartita – sia pure in parti diseguali – fra tutte le differenti magistrature, di guisa che non c'è chi abbia il monopolio della creazione e chi il monopolio dell'esecuzione del diritto. Ecco a cosa serve la separazione: a combattere il monopolio. E non c'è che un mezzo per farlo: ridistribuire il potere fra i funzionari dei diversi «ordini». «Il significato del principio della *separazione dei poteri* – spiega Kelsen – risiede precisamente nel fatto che esso opera contro una concentrazione dei poteri (...) Il controllo da parte dei tribunali sulla fun-

zione legislativa ed esecutiva significa che le funzioni legislativa, esecutiva e giurisdizionale, sono riunite nella competenza dei tribunali. Questo controllo implica quindi che i poteri legislativo ed esecutivo siano *suddivisi* fra i cosiddetti organi legislativi ed esecutivi da un lato, e i tribunali dall'altro. Parimenti,la partecipazione del monarca alla legislazione significa che la sua competenza comprende sia la funzione legislativa che quella esecutiva, e che così il potere legislativo *è suddiviso* fra monarca e Parlamento»[73].

Non di separazione, dunque, si tratta. Ma di «suddivisione» dello stesso potere fra organi distinti. In questo modo, ad esempio, il Parlamento è il principale incaricato della funzione legislativa. Il principale, si badi, non l'esclusivo titolare della legislazione. Donde ne deriva che, sia pure in misura più ridotta, anche il governo e i giudici partecipano alla creazione della legge. Sicché il medesimo potere – il legislativo – è *ripartito* (inegualmente) fra giudici, governo e Parlamento. La ripartizione, dunque. Ecco perché Kelsen ha facile gioco nel rimbeccare i suoi critici. Investendo la Corte di prerogative *anche* politiche, egli non scardina l'architrave dei governi limitati né congiura contro il principio della separazione dei poteri. Semplicemente perché non c'è alcuna «separazione» da difendere. Piuttosto è l'idea della ridistribuzione che va mantenuta. E che nessuno ha patrocinato meglio di Kelsen. Le citazioni fin qui riportate dovrebbero bastare a testimoniarlo. Ma se così non fosse, valga per tutte questa sua riflessione: «può essere solo preso ragionevolmente in considerazione, fra i vari, il significato che rende l'espressione 'divisione dei poteri' meglio di quello di separazione, l'idea cioè della ripartizione del potere fra organi diversi non tanto per isolarli reciprocamente quanto per consentire un controllo degli uni sugli altri»[74]. E non è appunto questo uno dei ritrovati del costituzionalismo liberale? L'espediente che esso ha escogitato per impedire l'abuso del potere? «Perché non si possa abusare

[73] H. KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, cit., p. 287.
[74] H. KELSEN, *La garanzia giurisdizionale della costituzione*, cit., p. 173.

del potere – giusto il celeberrimo ammonimento di Montesquieu – bisogna che il potere freni il potere»[75]. E se il potere frena il potere è ben perché c'è il controllo dell'uno sull'altro. Questa però è solo una delle tecniche liberali. E non è neppure la decisiva. Certo, è importante ripartire il potere tra una pluralità di organi che, sospettando gli uni degli altri, si controllano a vicenda; ma, appunto, finché si bilanciano e si controllano scambievolmente. Già, e se per avventura dismettessero ogni reciproca diffidenza? Se da separati che sono, i poteri si coalizzassero? Chi mai potrebbe frenarli? Chi o cosa potrebbe rintuzzare l'offensiva che questa coalizione dovesse sferrare contro i diritti di libertà?

È nota la soluzione liberale: la costituzione. È la costituzione rigida a porre degli argini che nessuno, neanche i poteri coalizzati, possono valicare. Tali barriere sono fissate dalle libertà individuali; libertà che, venendo scolpite nelle formule della costituzione, sono intangibili e non possono essere manomesse neppure dalla riunione di tutti i poteri. Pena, in caso contrario, il mutamento d'identità dell'ordinamento giuridico[76]. Che perciò rimane liberale se e finché tutela i diritti di libertà; se e finché conserva nella costituzione questi supremi principi giuridici. La costituzione liberale, dunque, è immodificabile in alcune sue

[75] CH. DE SECONDAT, barone di Montesquieu, *Lo spirito delle leggi*, cit., p. 274.

[76] È questo il fenomeno della rivoluzione. Che Kelsen spiega con le seguenti parole: «Si ha una rivoluzione (...) ogni qual volta l'ordinamento giuridico di una comunità viene posto nel nulla e sostituito con un nuovo ordinamento in un modo illegittimo, in un modo cioè non prescritto dal primo ordinamento stesso. È irrilevante a questo proposito che questa sostituzione venga o meno effettuata mediante una sollevazione violenta contro quegli individui che erano stati fino a quel momento gli organi 'legittimi', competenti a creare o modificare l'ordinamento giuridico (...) Da un punto di vista giuridico, il criterio distintivo di una rivoluzione è dato dal rovesciamento dell'ordinamento in vigore e dalla sua sostituzione da parte di un nuovo ordinamento, in un modo che il primo non aveva esso stesso previsto. Di solito, gli uomini nuovi che una rivoluzione porta al potere annullano soltanto la costituzione e talune leggi di supremo valore politico, mettendovi al posto loro altre norme» (*Teoria generale del diritto e dello Stato*,cit., p. 118).

parti, precisamente lì dove consacra i diritti dei singoli. «Ciò che ci importa – ha scritto Constant – non è che i nostri diritti non possano essere violati da un certo potere senza l'approvazione di un altro potere, ma che questa violazione sia interdetta a tutti i poteri»[77]. Ivi incluso, perciò, il potere di revisione costituzionale. Che per Kelsen, invece, è materialmente illimitato.

Ed ecco la seconda obiezione, il rilievo che prende di mira il vero punto debole della teoria kelseniana; così debole da comprometterne le stesse proprietà liberali.

Ancora sulle insufficienze del liberalismo kelseniano

Se è vero, come si è visto (vedi *retro*, p. 138), che per Kelsen l'incostituzionalità è un problema formale, che cioè una legge è incostituzionale non per il suo contenuto ma per la forma che l'«avvolge» (la forma ordinaria), ne segue che con il conforto delle forme appropriate non c'è contenuto che rimanga escluso dall'ordinamento giuridico. Quali sono queste forme? Quale il magico passe-partout che dà accesso alla cittadella del diritto? La risposta kelseniana già la conosciamo: è la procedura di modifica della legge fondamentale. A conclusione della quale ogni regola riceve lo stigma della giuridicità: sì, ogni regola. Anche quella contraria ai precetti che più caratterizzano la costituzione liberale. Tali precetti, infatti, vengono a confliggere non già con una legge ordinaria che è meno resistente, ma con una norma costituzionale di più recente fattura, con una legge cioè che ha la loro stessa forma (la forma costituzionale) e dunque – secondo Kelsen – la loro medesima potenza, e che perciò a parità di forza prevale su di essi grazie al principio del *lex posterior derogat priori*. «La dottrina kelseniana risulta così neutrale o indifferente rispetto ai valori e ai contenuti in quanto

[77] B. Constant, *Antologia di scritti politici*, a cura di A. Zanfarino, Il Mulino, Bologna 1982, p. 66.

afferma l'ammissibilità di qualunque valore o contenuto o, detto altrimenti, non considera questi ultimi elementi fondamentali della nozione di costituzione, accontentandosi della adeguatezza dei procedimenti»[78]. I procedimenti: ecco che tornano a far capolino i procedimenti.

Come un tempo Re Mida trasformava in oro ciò che toccava, così ora il legislatore – sol che esplichi il procedimento di revisione costituzionale – converte in diritto tutto quel che contatta. Tutto, proprio tutto; compreso, dunque, quanto offende i diritti di libertà. I quali diritti, perciò, rimangono assoggettati ai capricci di un legislatore onnipotente[79]. È vero: qui l'onnipotenza è del legislatore costituzionale e non più del Parlamento (come nello Stato di diritto). Ma che importanza ha? Pur sempre di potere onnipotente si tratta. E come tale di cosa incompatibile con il liberalismo. Che o è una tecnica di limitazione del potere o non è. In questo senso, è assai anomalo il liberalismo di Kelsen.

Si obietterà: non è affatto irrilevante che l'onnipotenza sia un attributo del legislatore costituzionale anziché del Parlamento. A questo basta la maggioranza semplice per varare le leggi; quello, invece, per legiferare ha da soddisfare alcune condizioni – le cosiddette condizioni «rinforzate» o «aggravate» – che sono più difficili da riunire insieme. Prima fra tutte le maggioranze speciali. In Italia, ad esempio, come recita il primo comma dell'art. 138 della Costituzione, «Le leggi di revisione della Costituzione e le altre leggi costituzionali sono adottate da ciascuna Camera con due successive deliberazioni ad intervallo non minore di tre mesi, e sono approvate a maggioranza assoluta dei componenti di ciascuna Camera nella seconda votazione».

[78] G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, cit., p. 132.

[79] Un siffatto ordine concettuale – ha scritto Vezio Crisafulli – «presuppone, anzitutto, l'idea di un *legislatore onnipotente*, in grado di disporre in qualsiasi modo su qualsiasi materia, sol che adegui di volta in volta *le forme del disporre ai contenuti prescelti*» (*Lezioni di diritto costituzionale, L'ordinamento costituzionale italiano (La Corte costituzionale)*, Cedam, Padova 1984, p. 366).

Ora – si sostiene – poiché per rivedere la costituzione occorre una maggioranza molto elevata, e poiché tale maggioranza non si raggiunge senza il concorso delle minoranze parlamentari, è inverosimile che queste ultime offrano il loro sostegno ad una legge che abroghi i diritti di libertà. Siffatti diritti – non va dimenticato – sono la condizione della loro esistenza. Abrogando, o meglio, collaborando all'abrogazione della libertà di coscienza, di espressione, di riunione ecc., è come se le opposizioni decidessero di suicidarsi. Ecco perché,ad avviso di Kelsen, «la specifica forma costituzionale, che ordinariamente consiste nel fatto che per la revisione della costituzione è richiesta una maggioranza rinforzata, significa che alcune questioni fondamentali possono essere risolte solo d'accordo con le minoranze»[80]. Di cui nessuna, evidentemente, è disposta al *harakiri*. Se perciò in punto di principio il legislatore è onnipotente, di fatto le sue prerogative sono limitate dalla necessità di coinvolgere gli oppositori nel procedimento di revisione costituzionale. La compartecipazione dei gruppi di minoranza alle procedure aggravate, quindi, è sufficiente garanzia delle libertà fondamentali. Scrive ancora Kelsen: «qualunque minoranza – di classe, nazionale o religiosa – i cui interessi siano in un modo qualunque protetti dalla costituzione ha un interesse eminente alla costituzionalità delle leggi. Ciò è vero in particolare nel caso di un cambiamento di maggioranza che lasci all'antica maggioranza – divenuta minoranza – una forza ancora sufficiente per impedire il riunirsi delle condizioni necessarie per una revisione legittima della costituzione (...) Solo una legge incostituzionale, perché adottata a maggioranza semplice, potrebbe allora interferire, contro la volontà della minoranza, nella sfera dei suoi interessi costituzionalmente garantiti»[81].

E perciò, si conclude, se anche in via di principio il legislatore è onnipotente, *di fatto* il suo potere viene limitato dalla *necessità politica* di coinvolgere gli oppositori nel procedimento

[80] H. KELSEN, *La garanzia giurisdizionale della costituzione*, cit., p. 202.
[81] *Ibid.*

di revisione della legge fondamentale. Tutto sta, dunque, nel separare i principi dai fatti, il diritto dalla politica, le prescrizioni giuridiche dalle vicissitudini parlamentari.

L'obiezione è intelligente e suscita interesse. Ma non persuade. Su nessuno dei due fronti. Perché commisurata ai fatti riesce falsa e rapportata ai principi suona inaccettabile. In punto di fatto è falsa perché non necessariamente la modifica delle norme costituzionali postula la consociazione fra la maggioranza e le minoranze. La logica consociativa[82], per esempio, è estranea ai cosiddetti regimi parlamentari a partito predominante, a quei regimi cioè in cui il partito di governo non ha bisogno di ingraziarsi il favore delle opposizioni perché è così forte che raggiunge *da solo* il *quorum* necessario per la revisione della costituzione. Una costituzione che mantiene i suoi tratti liberali precisamente fino a quando la maggioranza – ad onta del suo strapotere politico – ne rispetta le norme sui diritti di libertà. Le istituzioni indiane – che, giova ricordarlo, vennero modellate sullo stampo anglosassone – hanno cessato di funzionare democraticamente il giorno in cui, in dispregio delle libertà fondamentali, furono arrestati tutti i capi dell'opposizione (ad eccezione dei *leaders* del partito comunista filo-sovietico). Fino ad allora, però, fino al giugno del 1975, l'India – la «più grande democrazia del mondo», come usava definirla – stava lì a smentire quanti ritengono che il potere assoluto del legislatore costituzionale sia moderato dai compromessi politici che ne punteggiano l'attività[83]. In India non ci fu mai bisogno di aggregare le minoranze alla revisione costituzionale; nondimeno, per lunghi anni il partito di governo (il Partito del Congresso) si tenne stretto ai vincoli liberali della legge fondamentale e si guardò bene dal manometterli o dal disattenderli.

Ad interrogarli, dunque, i fatti parlano chiaro: non è vero

[82] Contro il consociativismo kelseniano ha scritto parole sprezzanti GIANFRANCO MIGLIO, *Una repubblica migliore per gli italiani*, Giuffrè, Milano 1983, in particolare le pp. 28-31.

[83] Cfr. M. DUVERGER, *I sistemi politici*, Laterza, Bari 1978, p. 154.

che sempre e comunque siano i compromessi parlamentari ad imbrigliare un potere altrimenti illimitato. Ma che tale non è. Neppure sul solo piano dei principi. Basta scorrere una qualunque costituzione per accorgersi che i suoi orizzonti sono limitati; quale che ne sia l'audacia e per quanto possa inebriarsi della novità dei suoi disegni, il legislatore costituzionale deve arrestarsi dinanzi a confini insormontabili, quasi come davanti ad altrettanti cartelli che gli dicano perentoriamente: fin qui potrai andare e non oltre!

Alcuni di questi cartelli sono incisi a lettere cubitali e riescono bene in evidenza (si pensi all'art. 139 della nostra legge fondamentale: «La forma repubblicana non può essere oggetto di revisione costituzionale»); altri, meno appariscenti ma non per questo meno perentori, si evincono dal tenore complessivo dell'ordinamento giuridico e comandano il rispetto dei postulati fondamentali del sistema, a cominciare – si capisce – dai diritti di libertà. Sta bene, dunque, percorrere in lungo e in largo la costituzione, meglio ancora se in compagnia delle minoranze; ma giunto che sia al suo estremo limite, minoranze o non minoranze, il legislatore deve accogliere reverente le principali «verità» costituzionali. Le quali, come si vede, valgono indipendentemente dagli equilibri parlamentari e dalla dinamica politica.

No, non è la politica, o non è solo la politica che garantisce le libertà fondamentali; è innanzitutto la costituzione che le fortifica contro gli attentati del potere. Ed è appunto perciò che il potere si dice limitato dal diritto. La limitazione del potere mercé il diritto: ecco il senso profondo del costituzionalismo liberale; «il più antico, il più persistente, il più duraturo»[84] dei suoi caratteri. E anche, aggiungiamo, l'unico vero.

[84] C.H. McIlwain, *Costituzionalismo antico e moderno*, Il Mulino, Bologna 1990, p. 44.

INDICE DEI NOMI

Adler M., 42
Alessandro I, 66
Aron R., 10

Barberis M., 136n
Barone F., 96n
Berlin I., 76
Bobbio N., 43n, 44n, 51, 72, 73, 75, 76, 77n, 91, 92, 95n, 98, 100n, 110n, 111, 123n

Calamandrei P., 74, 75n, 118n, 134, 135n, 143n, 144n, 154n
Calogero G., 104n
Cappelletti M., 155n
Carrino A., 70n, 102n
Catania A., 93n
Claudel P., 51
Constant B., 56, 71n, 161
Crisafulli V., 162n

Durkheim E., 102, 103, 108n
Duverger M., 35, 164n

Einaudi L., 31, 32, 33, 86n, 87, 88, 104n
Engels F., 42, 46, 47n, 49

Friedman M., 81

Gatti R., 100n
Gavazzi G., 123n
Geraci C., 116n
Giorgetti G., 40n
Giovannelli A., 156n
Gobetti P., 152n
Guastini R., 18n, 26n
Guicciardini F., 86

Hayek A.F. von, 81, 82
Hobbes T., 44n, 92
Humboldt W. von, 70

Kant I., 71n

Lenin V.I., 47n, 50
Lijphart A., 41n
Locke J., 92
Lombardini S., 74n
Losano M.G., 99n

Machiavelli, 14
Maritain J., 100n, 101n
Martines T., 130n, 143n
Marx K., 39, 40n, 42, 46, 48
McIlwain C.H., 165n
Merkl A., 122n
Michels R., 13
Miglio G., 164n
Mill J.S., 71n
Montesquieu C.-L. de, 141n, 157, 160

Nietzsche F., 70

Offe C., 74n
Ortega y Gasset J., 42n, 104n, 152, 153

Pagano G., 104n
Pareto V., 13n
Pellicani L., 80n
Petrovna M., 66
Petta P., 129n
Pierandrei F., 143n

Racinaro R., 45n
Rossi E., 101n, 104n
Rousseau J.-J., 54

Salvemini G., 54n, 95n
Sartori G., 34n, 37, 62, 63, 88n
Schmitt C., 129
Schumpeter J.A., 13
Settembrini D., 105n
Sorge B., 90n
Spinoza B., 16
Stalin, 66
Sturzo L., 151n

Tocqueville A. de, 22n, 38n, 71n, 99, 100n
Toniolo G., 151n
Twain M., 68

Zagrebelsky G., 148n, 155n, 156n, 162n
Zanetti L., 66n
Zanfarino A., 161n

INDICE

Introduzione p. 7

Parte prima

LA DEMOCRAZIA
NATURA E FONDAMENTI

Dalla libertà negativa alla libertà positiva p. 15
La concezione «proceduralistica» della democrazia » 17
Dall'unanimità alla maggioranza » 19
Maggioranza qualificata o assoluta? » 21
Maggioranza, minoranze e diritti di libertà » 24
Le luci (poche) e le ombre (tante) della rappresentanza proporzionale » 28
Il compromesso democratico » 36
Ancora sul compromesso: effetto «meccanico» o conseguenza spirituale? » 40
Intermezzo sul marxismo » 42
In cammino verso la democrazia reale: la legge dell'oligarchia » 52
L'elezione dei capi e il Parlamento » 55
La rappresentanza parlamentare: una «crassa» finzione? » 59
Rappresentanza giuridica e rappresentanza politica » 62
Elezione e nomina: le loro conseguenze » 63
Responsabilità e pubblicità » 65
Ricompare la libertà negativa » 69
Liberalismo e democrazia » 71

La precedenza del liberalismo p. 73
Liberalismo e liberismo » 78
La «sfida» con Hayek » 81
Fatti e principi » 84
I fondamenti morali della democrazia: la tolleranza » 89
La critica al relativismo kelseniano » 99
La fede nell'individuo » 104

Parte seconda

LA DEMOCRAZIA
LE STRUTTURE GIURIDICHE

Creazione ed applicazione del diritto p. 118
La costituzione rigida » 121
Le garanzie costituzionali » 125
Il Custode della costituzione » 128
La Corte costituzionale » 132
Sulla natura della Corte: le oscillazioni di Kelsen » 135
Incostituzionalità materiale o formale? » 138
La Costituzione programmatica » 142
Ancora sulle norme programmatiche » 145
Il «fantasma» dell'interesse generale » 149
Norme programmatiche e valori comuni » 154
Le insufficienze del liberalismo kelseniano: la separazione dei poteri » 157
Ancora sulle insufficienze del liberalismo kelseniano » 161

Indice dei nomi » 167

Questo volume è stato composto
dalla Grafica Elettronica s.n.c., Napoli
e stampato presso la Buona Stampa s.p.a., Ercolano
nel mese di luglio dell'anno 1992
per le Edizioni Scientifiche Italiane s.p.a., Napoli
Stampato in Italia / Printed in Italy